POR

SOROR MARIA DE SAN JACINTO,
RELIGIOSA PROFESSA EN EL CONVENTO DE SANTA MARIA DE GRACIA DE ESTA CIVDAD,

CON

DOñA ANA TELLO DE GVZMAN Y MEDINA,
VIVDA DEL CONDE DE VALHERMOSO, DON LORENZO DAVILA Y MEDINA, TVTORA, Y CVRADORA DE LOS MENORES SVS HIJOS, Y ENTRE ELLOS DE DON JOSEPH DAVILA, CONDE ACTVAL,

SOBRE

LA SVCCESSION DEL VINCVLO, QVE DE EL TERCIO, Y QVINTO DE SVS BIENES FVNDARON EL VEINTIQVATRO LVIS DE MEDINA OROZCO, Y DOñA ISABEL DE SANDIER, SV MVGER, COMO VACANTE, POR FIN, Y MVERTE DE DOñA MARIA RODRIGVEZ DE MEDINA.



DOCUMENTANDO A LOS Abogados D. Melchor de Cabrera en su tratado, que intitulò, *el Abogado perfecto*, les dà diferétes reglas; y llegando à tocar en punto de Informes, dà preferencia à los que se executan por escrito, respecto de los que se hazen de palabra, diciendo en el discurso 2. *num.* 63. *que en los informes por escrito, se escusan el estruendo de la voz, y el tropel de la verbosidad; se ajusta mas bien el Hecho, y caso, y averigua el punto de Derecho.* Esto no por otra razon, sino por la de q̃ *nihil rectè geritur, si cum clamore vincitur*, para que cita al *cap. Osius. de elec. tit. L. 1. §. fin. de estud. liberab.* y otros Derechos.

2. Y aunque en el informe verbal, que por la Religiosa hize, me pareciò avia cumplido con mi obligacion: todavia por la gravedad de la causa se debe perdonar la repeticion por el interesse, que tiene, y tambien por evacuar algunos reparos non contemnendæ existimationis, que pueden assegurar mas el dictamen contra el que se procurò fundar por el Abogado del Conde, à quien, aunque no dexa de conocer lo claro de la pretension deducida en todas sus circunstancias, le pareciò comveniente, segun la doctrina de Acursio *in verb. Requirens. leg. 3. Cod. de Summ. Trinitat. in singulis dubitare non esse inutile.*

3. Y no obstante, que por mandado de V.S. se ha hecho por el Relator Memorial ajustado del pleyto, y de todos sus Articulos; sin embargo, por lo que mira à este del Vinculo, no se escusa poner con la mayor brevedad aquel hecho, que sea preciso, para que se hagan mas perceptibles las questiones de Derecho.

4. Es constante, que el Veintiquatro Luis de Medina Orosco, otorgò poder para testar à Doña Isabèl de Sandier, su muger, en 25. de Agosto de 1655. assegurando tenia comunicado con esta su disposicion, remitiendose à vnas memorias, donde la tenia explicada, y los bienes rayzes, con que se hallaba, y sus titulos; cuyas memorias exhibiò, y manifestò el dia siguiente 26. del mismo mes.

Y

5. Y aviendo muerto en 30. passò su muger, arreglandose â las memorias, à hazer la vinculacion, que en vna de ellas se contenia, vinculando assimismo la susodicha su tercio, y quinto, todo en cabeza de Don Lüis Joseph de Medina, del Orden de Santiago, al que llamaron â la succession, y despues à sus hijos, y descendientes legitimos, con preferencia del mayor al menor, y del varon â la hembra, prefiriendose entre sì los varones, y despues de ellos las hembras con la misma preferencia en el orden, y grados, y en falta de todos los varones, y hembras de esta linea, llamaron à Doña Luisa Bernarda, sus hijos, nietos, y descendientes legitimos, con las mismas preferencias, y llamamientos de hembras, haziendolo tambien de otras lineas, y por vltimo à la Casa de la Misericordia, con gravamen de apellido, y armas, vinculando ambas sus legitimas el Don Luis Joseph, respecto de las dos vinculaciones de Padre, y Madre, y que de resistirse, no succediesse sino el siguiente en grado.

6. Tambien por otra de las clausulas declaran por sus hijas à Doña Isabèl, y à Doña Geronyma Rodriguez de Medina, Monjas en el Convento de Santa Maria de Gracia, donde se llamaba la Doña Isabèl Soror Maria de la Encarnacion, y la Doña Geronyma Soror Maria de Santa Vrsula, las que al tiempo de su profession avian renunciado en sus Padres, previniendo, que la parte, que les tocasse, se agregasse à la mejora de tercio, y quinto, llamandolas, para que se tuviessen presentes para la particion, pero sin que percibiessen las legitimas, mediante la referida renuncia, por la qual podian disponer à su voluntad.

7. Y vsando de ella, gravaron al posseedor con que les diesse por los dias de sus vidas 300. ducados; 150. â cada vna, bolviendo à repetir lo hazian por aver renunciado; y que tambien diesse â la Madre San Luis, hija natural del dicho Veintiquatro, 60. ducados por los dias de su vida, haziendo diferentes Legados, y entre ellos vno de 3U. ducados à Don Luis Bartholomè Davila y Rodriguez, su nieto, para que se impusiessen,

y gozasse de su renta, y despues otros, à quien llama.

8. Esta fundacion se hizo en 27. de Diziembre del mismo año de 655. en cuyo dia la aceptò por lo tocante al gravamen, y demàs circunstancias Don Luis Joseph de Medina, y sin embargo, de que la Doña Isabèl de Sandier hizo la fundacion, por lo que à su parte tocaba, con todas las clausulas de irrevocabilidad, y demâs que se requieren para mayor firmeza, lo que jurò en forma; parece, que en 18. de Junio de 657. lo revocò todo, quedando solamente la disposicion de su marido, para que se señalaron las Alcavalas de la Villa de Salteras, diferentes oficios de Regidor en ella, y otros bienes rayzes.

9. Otorgò su testamento Doña Isabèl de Sandier en 9. de Julio de 673. en el qual mejora en el Tercio, y Quinto de sus bienes â Don Luis Joseph libremente; declaralo por su hijo; à Doña Luisa Bernarda; y tambien â Soror Maria de la Encarnacion, y Soror Maria de Santa Vrsula, Religiosas en Santa Maria de Gracia; y que no las nombra por sus herederas, mediante las renuncias, que de sus legitimas hizieron en favor de sus Padres.

10. Hizose la particion de los bienes de dicho Veintiquatro Luis de Medina el año de 660. y llevandose la cuenta con el Tercio, y Quinto, nada le quedò â este, y solo al Tercio le tocaron 1. q. 072U148. mrs. importando las legitimas de D. Luis Joseph 4. q. 585U-871. mrs. los quales se pagaron con los oficios de Regidor, vna heredad, y faltando 150U. mrs. se aplicaron à las Alcavalas, las que con este cargo se le adjudicaron à Doña Isabèl de Sandier en cuenta de su dote, por aver sido de su marido.

11. Erecto el Vinculo del Tercio, y Quinto de el Veintiquatro Luis de Medina, y de la legitima Paterna del Don Luis Joseph, lo entrò à gozar, sin el menor reparo que se opusiesse por Doña Luisa Bernarda, ni por Don Martin Davila, su marido; antes sì, en todo lo que resulta de los autos, no consta huviessen protestado no aver podido revocar la vinculacion la Doña Isabèl de Sandier, de calidad, que el Don Luis Joseph

go-

gozò el Vinculo hasta su muerte, y despues de ella entrò en la possession Doña Maria Rodriguez de Medina, muger de Don Phelipe Ramirez de Arellano del Orden de Santiago.

12. Por no aver esta dexado hijos, llegando â testar, instituyò por sus herederas à sus dos hermanas las Madres San Jacinto, y Resurreccion, Religiosas en Santa Maria de Gracia; declarando, que la succession de el Vinculo tocaba â Don Lorenzo Davila y Medina, su primo hermano, como hijo de los dichos Don Martin Davila y Medina, y Doña Luisa Bernarda Rodriguez de Medina, y con efecto tomò possession; y lo gozò hasta su muerte, y despues entrò Don Joseph Davila, su hijo, Conde actual de Valhermoso.

13. Mediante, que en la herencia de la dicha Doña Maria se comprehendieron las Alcavalas, que el Padre de esta avia heredado de la Doña Isabèl de Sandier, solicitò el Conde Don Lorenzo, que las Religiosas, sus primas hermanas, como tales herederas de la dicha Doña Maria, se las diessen, celebrando cierta transaccion, en que, porque entregaban las Alcavalas, se obligò el Conde Don Lorenzo â darles en cada vn año 200. ducados con otro mas de supervivencia, y otras condiciones, que no conducen.

14. Dueño el Conde Don Lorenzo de las Alcavalas, formò autos, que sustanciò con el Padre, y Curador General de menores por el Don Joseph Davila su succesor, sobre que, por no poder Doña Isabèl de Sandier aver revocado la vinculacion, se declarassen las Alcavalas por vinculadas, y con efecto, tomadose conocimiento sobre esto, se declararon por tales por Executoria de V. S.

15. Durò esta prestacion de renta, con algunas intermissiones, la vida de dicho Conde D. Lorenzo, y aviendo succedido en el Vinculo el Conde actual, procurò no darla, sobre lo qual, y otras pretensiones, se hizo compromisso en Arbitros, de cuya resolucion se apelò, y por V. S. se declarò la subsistencia de dicho Vinculo, y que de sus bienes, las Religiosas debian percebir sus 200. ducados integros por aora, de que suplicaron, por

no averse mandado dàr juntamente el año de supervivencia; y por la Condesa se suplicò de averse mandado dàr integros los 200. ducados, ò que al menos se avia de suplir, moderandose la renta; sobre lo qual, hasta aora no consta aya determinacion.

16. En este estado los autos parece, que en 27. de Agosto del año passado de 720. por Soror Maria de San Jacinto se puso demanda en forma, sobre que se declarasse deber succeder en este Vinculo, como vacante, por fin, y muerte de la dicha Doña Maria Rodriguez de Medina, su hermana, por cuya muerte se le avia transferido la possesion civil, y natural, y que se le diesse la real, y actual.

17. Los fundamentos consistieron, en que era hija mayor del dicho Don Luis Joseph, à quien se le gravaron sus legitimas; que avia padecido error, en que el Vinculo huviesse passado à la linea de Doña Luisa Bernarda, como lo avia declarado la Doña Maria Rodriguez de Medina en su testamento; que estando entendida le obstaba su renuncia, que hizo al tiempo, que hizo su profession, segun se le avia informado, creyò no le tocaba, que oy se le aconsejaba lo contrario; y que sobre todo, por ser Vinculo de Tercio, y Quinto, en que expressamente era llamada, y que la contravencion, que se pudiera dezir aver causado su Padre, en rigor, era personal, y no lineal, ni real, no debia perderlo; sobre lo qual, y la restitucion por la clausula general *si quá mihi iusta causa*, que tambien pidiò, formò articulo.

18. Para justificacion, de que su renuncia no le obstaba, la presentò, y por ella se ajusta, que en 17. de Marzo de 1673. estando para professar en dicho Convento, renunciò à favor de su Padre Don Luis Joseph de Medina, y en quien su causa huviesse: *Todos los bienes, y hazienda, casas, rayzes, muebles, y semovientes, deudas, derechos, y acciones, y otra cosa de qualquier summa, è importancia, que le pertenecìesse, por qualquiera manera que fuesse, assi de legitima de Doña Francisca de Andrade y Venabides su Madre, en que avia succedido, como vna de sus hijos, como lo que le pudiesse pertenecer por muerte de su Padre, como otras qualesquiera herencias, y transversales successiones, mandas, y dona-*

donaciones, en que avia succedido, y que succediesse hasta entonzes, y en adelante; y tambien todo lo que huviesse de aver, y le perteneciesse hasta entonzes, y en adelante, del Patronato de Alonso de Burgos, y de la Hermandad, y Cofradia de la Santa Cruz, en San Francisco, y en otros qualesquiera Patronatos, que tuviesse, y pudiesse tener, poniendose todas las clausulas regulares, y que para la validacion son precisas.

19. Tambien presentò la que al tiempo de su profession hizo su hermana Soror Maria de la Resurreccion en fecha de 26. de Enero de 1688. que se reduce à las mismas clausulas, excepto el Patronato de Burgos, y Hermandad de la Santa Cruz, por no hazer mencion de tal cosa, y juntamente testimonio de la fundacion del Vinculo.

20. Dado traslado à Doña Ana Tello de Guzman y Medina, viuda del Conde Don Lorenzo, como Tutora, y Curadora de sus hijos, y entre ellos del Conde actual, primero que contestasse, formò tres articulos, los que perdiò, siendo el primero el dilatorio de no tener obligacion â responder: El segundo, sobre que hasta que se determinasse el punto de los 200. ducados, que estaba pendiente, se suspendiesse esta demanda, porque implicaba alimentos, y mayorazgo: Y el tercero, sobre manutension; sin embargo, por mandado de V. S. contestò la demanda.

21. Y lo que por fundamentos de la contestacion dixo, fue la contravencion de Don Luis Joseph, en no aver vinculado ambas sus legitimas; pues la materna la gozô como libre, instituyendo por su heredera â la dicha Doña Maria, su hija; la renuncia de la Religiosa; tener el Vinculo gravamen de apellido, y Armas; y juntamente jurisdiccion anexa, por las Alcavalas, y oficios de Regidor de la Villa de Salteras; y la tacita exclusion de Religiosos, y que â aver querido los Fundadores llamarlos, lo huvieran hecho.

22. Pidiò hiziesse la Religiosa vna declaracion por capitulos, sobre si tenia noticia del Vinculo, quando muriò su Padre, y entrò en la possession Doña Maria Rodriguez de Medina, su hermana: â que negò tener, ni aver tenido noticia de tal Vinculo, por no aversela dado jamàs su Padre, ni del Derecho, que pudiera tener â èl. Y pregun-

guntada sobre el motivo, que tuvo para consentir en que siendo su hermana menor la Doña Maria, entrasse en el Vinculo, y si para este efecto otorgò à su favor algun instrumento: respondiò aver ignorado, tuviesse tal Derecho; negando aver otorgado otro instrumento que el de su renuncia.

23. Por tercero capitulo se le preguntò, què motivo avia tenido para no averse opuesto à la possession que tomò el Conde Don Lorenzo, y en que ha continuado su hijo: respondiò, que estandose tratando de la transaccion, consultò con el Licenciado Don Pedro Garcia Vello, Abogado, que fue de esta Real Audiencia, quien la defendia entonzes en sus pleytos, y le asseguró no tener Derecho, mediante la renuncia, y que aora el Licenciado Don Juan Joseph de Padilla Velazquez, quien la defiende, le avia dicho lo contrario, por no estenderse la renuncia à esto, y ser Vinculo de Tercio, y Quinto, con cuyo dictamen avia puesto la demanda, por aver padecido vn continuado error: No siendo dable, huviesse querido seguir vn continuado pleyto sobre vnos alimentos tan cortos como cien ducados, los que se consumian en gastos, pues para cada tercio avia sido necessario vna execucion hasta estado de apremio.

24. Tambien se le preguntò si avia visto en algunas ocasiones la fundacion, ò dadosele noticia de ella, y si sobre la pretension del Vinculo avia consultado â algunos Abogados, y de què dictamen avian sido, à què respondiò no averla visto hasta aora, que se puso la demanda, por aversela traido Don Manuel de la Linde, y que aunque despues de muerta su hermana Doña Maria, tuvo noticia no la excluian por Religiosa, estaba tan ignorante de que le pudiesse tocar el Vinculo, que aviendo muerto su Padre, y viviendo la Madre Soror Maria de San Geronymo su hija mayor, no lo pretendiò por el mismo motivo de error.

25. Replicòse por la Religiosa con lo mismo que expuso para fundamento de su demanda: Y conclusos los autos, y vistos por V. S. por el proveido en 28. de Abril de 722. *fol.* 100. fue servido de declararla por immediata successora al Vinculo, vacante por muerte de Doña

Ma-

Maria Rodriguez de Medina, y que se le diesse la possession de èl.

26. De cuyo auto interpuso suplica la Doña Ana Tello, expressando agravios por los mismos fundamentos, y pidiendo prueba, à que se respondiò por la Religiosa, pretendiendo su confirmacion, y no contradiciendo la prueba: Y vistos los autos, fueron recebidos à prueba llana, la que se passò con todo el termino de los 80. dias, pidiendose despues la mitad por via de restitucion, por ser menor el Conde, la que tambien se concediò sin averse hecho alguna por las partes.

27. Y concluso el pleyto sin novedad en las alegaciones en punto de Vinculo, y aviendo intermediado otras demandas distintas, huvo auto de V. S. en 16. de Marzo de 723. *fol.* 150. en que fue servido de mandar se impusiesse perpetuo silencio à las partes; assi sobre la succession del Mayorazgo, como sobre los articulos introducidos, y que se guardasse la transacion, y en su consequencia, que el Conde actual diesse à la Religiosa, y su hermana por los dias de sus vidas 200. ducados, estando las Alcavalas libres de valimiento, y no lo estando, cien ducados, 50. à cada vna, ajustandose lo que se estuviesse debiendo, y compensandose lo que durante el pleyto se les huviesse librado à las Religiosas; y que mediante las muchas dilaciones, que estas padecian en la cobranza de sus alimentos, para que se excusassen, se mandò que las cantidades assignadas, se les pagassen promptamente, sacandose principalmente de las Alcavalas, ô de todos los demàs bienes del Vinculo, para lo qual se despachasse provision remota.

28. De esta providencia se intentò recurso de quexa en el Real, y Supremo Consejo de Castilla: y aviendose mandado hazer informe en su vista, no se admitiò dicho recurso, porque fue preciso bolver à comparecer ante V. S. para que se sirviesse de declarar si la referida providencia de 16. de Marzo de 723. avia sido de revista, revocatoria de la de vista; y V. S. por su auto de 4. de Noviembre del mismo año de 723. la declarò por de revista en la conformidad que en ella se contenia; con lo qual se bolviò à ocurrir à dicho Real, y Supremo Conse-

sejo, donde se admitiò el recurso, y alegò por la Religiosa, y vistos los autos, se proveyò vno en 23. de Noviembre de 725. del tenor siguiente:

29. *Sin embargo de el auto de el Consejo de 26. de Noviembre de el año passado de 1723. en que se admitiò à Soror Maria de San Jacinto en grado de recurso, no ha lugar por aora la admission de èl, y debuelvanse los autos à la Audiencia de Sevilla, para que sobre lo deducido por las Partes, assi en ella, como en el Consejo, la Audiencia los oyga en justicia obrando conforme à Derecho.*

30. Con certificacion de esto, ocurriò por la Religiosa ante V.S. pretendiendose la confirmacion del auto de vista, de que dado traslado à Doña Ana Tello, intentò dilatoria de no tener obligacion à responder, y sin embargo, se le mandò respondiesse, lo que hizo, poniendo dudas en la misma determinacion del Consejo, y su inteligencia, à que por la Religiosa se respondiò, alegando con todos los mismos motivos, que resultaban del pleyto, quedando este concluso legitimamente sobre confirmar, ô revocar el auto de vista, no obstante la dicha providencia de 16. de Marzo de 723.

31. Y para hazer demonstracion de la justicia, que assiste à la Religiosa, se dividirà en dos Articulos.

32. En el primero se pondràn todas las reglas de las succesiones de Mayorazgo, que hablan en su favor.

33. Y en el segundo se procuraràn satisfacer todos los dubios opuestos por la Condesa, con la mayor division, y claridad, que sea conveniente.

ARTICVLO PRIMERO.

34. AVNQVE POR SER NOTORIO EN EL Hecho, y no negarse por la Condesa, que la Religiosa es hija de Don Luis Joseph de Medina, en cuya cabeza se fundò el Vinculo, y que tambien es expressamente llamada como descendiente, y que el hijo de la Condesa es de la segunda linea, como nieto de Doña Luisa Bernarda, Tia de la Religiosa,

giosa, hermana de su Padre, que aun por esto, aunque en la segunda instancia pidiò prueba, de cuyo termino gozò, y de la mitad de el probatorio, sin aver hecho alguna; no obstante se haze preciso para la competencia presente, fundar el Derecho, que à la Religiosa assiste, con exclusion del Conde, por las reglas generales de los Mayorazgos.

35. Siendo la primera ser descendiente por linea recta de los Fundadores, como su nieta, y de la primera vocacion ad traddita per D. Covarrub. *in pract. quæst.* 38. *num.* 6. D. Molina *de primogen. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 30. & 31. con los que juntò Miguel Reynoso *observat.* 23. *num.* 8. & 9. y aumentò en las addiciones.

36. Fundase todo esto en lo expresso del *cap.* 1. *de natur. succes. feud.* en que lo primero, â que se atiende, es â la linea. Lo segundo al grado, *ex leg. Cum ita.* §. *in fideicommisso. ff. de legat.* 2. Lo tercero al sexo. Y lo quarto à la edad, comprobando estos dos vltimos casos la *ley vltima*, *ff. de fide. instrument.* de que tocaron latissimamente D. Valenzuela Velazquez *cons.* 97. con todos los demàs, que como moderno recopilò Manuel Aluarez Pegas *resolut. forens. cap.* 4. *num.* 159. y en el tratado *de exclusione*, *cap.* 6. *per totum.* A que se añade Paulo de Castro *cons.* 164. *num.* 5. *lib.* 2. que escribiò con el motivo de la controversia, que huvo en el Mayorazgo, que en esta Ciudad fundò Perafan de Rivera.

37. Conque hallandose, como se halla, este Vinculo en la linea de Don Luis Joseph de Medina, quien lo posseyò hasta su muerte, y en que hasta la suya, lo gozò Doña Maria Rodriguez de Medina su hija, hermana de la Religiosa, no puede hazer transito â la linea segunda de Doña Luisa Bernarda, de quien proviene el Conde, hasta estàr penitùs extincta la de D. Luis Joseph de Medina, varones, y hembras.

38. Esta consequencia es de todos los Authores, en tanto grado, que Barbato *de fideicommis.* 2. *part. cap.* 3. *num.* 81. & *cap.* 4. *num.* 39. confessò no aver algun Doctor Español, que la negasse, y que todos los Estrange-

ros

ros la tienen por indubitable por lo expresso del dicho *cap. 1. de natur. succes. feud.* de que hablando Pedro Surdo *cons. 120. num. 4.* dixo: *Et si feudorum succesio deferatur ex provisione primi acquirentis, postquàm tamen pervenit ad vnum ex filijs, succedant semper hi, qui ex illius linea descendunt, exclusis agnatis transversalibus, etiam qui sint primò stypiti proximiores.* en que convienen repitiendo los mismos fundamentos D. Valenzuela Velazquez *dict. cons. 97. num. 11.* Pegas *resolut. forens. cap. 4. à num. 29.* Roxas *de incompatib. 1. part. cap. 6. num. 10. & 7. part. cap. 6. num. 14.* D. Vela *dissert. 49. num. 76.* D. Castillo *lib. 3. controv. cap. 19. num. 90.* D. Molin. *lib. 3. cap. 9. per totum,* sin otros muchos, que recopilò D. Christoval de Suelbes *cons. 95. num. 13.*

39. A esto se llega por segunda regla la prelacion, que quisieron los Fundadores tuviesse la linea de Don Luis Joseph de Medina, à cuyos hijos, y descendientes varones, y hembras llamaron expressa, y literalmente; conque se escussa la observacion legal, de la que no se necessita aviendo especial vocacion, ô clara voluntad: *Hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt,* dixo la *L. Cùm ita. §. In fideicommisso. ff. de legat. 2. Priùs abscriptis incipiatur*, previno el Jurisconsulto *in leg. Pluriam. ff. de acquirend. hæreditat. Propter gradus fideicommissi præscripto,* dispuso la *ley Hæredes mei. 57. §. Peto. ad fin. ff. Ad Senatus Consult. Trebellian. leg. 40. & 45. Tauri.* D. Castill. *tom. 5. controvers. cap. 93. num. 16. & 17.* cum adductis â Pegas *resolut. 4. à num. 122.*

40. Y para que no se dude de esta vocacion, es de tener presente, què aunque parece general, obra los mismos efectos, que si à cada vno de los descendientes se le huviesse llamado por su proprio nombre; *argumento textus in leg. 2. ff. de liber. & posthum. leg. Nominatim. ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Nam demonstratio vice nominis fungitur. leg. 3. tit. 7. part. 6.* ibi: *Tanto vale, como si lo huviesse nombrado señaladamente.* optimè post plures antiquos Peregrino *de fideicomm. artic. 21. num. 34.* Robles *de repræsentat. lib. 2. cap. 30. num. 16.* Pegas *dict. cap. 4. num. 123.*

41. Esfuerzase mas este derecho, conque si llama-

do el primogenito, y sus hijos, y en segundo lugar otro hijo del Fundador, y su linea, se pusiere la privacion por alguna contravencion del primogenito, como la de la *ley* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* que es la de la incompatibilidad de Mayorazgos, excluso el primogenito, entran los hijos de este, como especialmente llamados, y no el segundogenito, esto por la razon especial de la vocacion, que fue la que considerò D. Castill. *lib.* 6. *controv. cap.* 176. *num.* 2. *per tot.* donde desde el *verf. Regulariter.* lleva, que para que el hijo secundogenito excluya à los hijos del primogenito, pide tres requisitos: El primero, que el hijo mayor estè excluso: El segundo, que el hijo segundo estè llamado: Y el tercero, que no se aya hecho mencion de los hijos del primogenito.

42. Las palabras del señor Castill. *in dict. loco num.* 18. *versic. E contrario autem.* son las siguientes: *Si ergo sequens in gradu, aut proximior esset exclusus, & qui cessante exclusione succederet, videtur, quòd remoto eo, filius eius, qui est proximioris gradus, iuxta superiora, admittendus sit, non ex vi repræsentationis, nec enim ascendens repræsentari potest, qui exclusus fuit, vt sepissimè dixi, sed PROPRIO IVRE, PROPRIAQVE VOCATIONE, quasi subsequentis in gradu substitutione comprehensus.* cuyo lugar es terminante para este punto, y explicarà mas, y aplicarà, y aplicarà el de contravencion, de qua inferiùs.

43. Siendo la razon de todo esto la que diò el señor Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 17. porque en los Mayorazgos son tantos los llamamientos, como las personas llamadas, in hæc verba: *Ex qua primogenii institutione facta ex donatione modali, vel conditionali, sive ex institutione, legato, vel prælegato, vnicuique primogeniorum per tempus vitæ suæ factis, seu ex substitutione fideicommissaria, quàmvis impropriè, resultent tot donationes, vel substitutiones, legata, aut prælegata in quemlibet primogenitum ex vocatis ad eiusdem primogenii succesionem, quot sunt personæ vocatæ, ac si vnicuique eorum nominatim atque specificè facta fuisset vnaquæque donatio, substitutio, legatum, seu prælegatum. Ideòque absque aliqua restitutione quilibet vocatus consequitur dominium eodem instanti, ac momento, quo purificatur conditio, vel venit dies vocationis ex propria persona, sublato de medio præ-*

ce-

cedenti successore: Non autem ex iure ab eodem sibi transmisso, D. Valenz. Velazq. *cons.* 177. D. Larrea *decis.* 34. *n.* 34.

44. Con este llamamiento expresso, que llevamos fundado hallarse en la Religiosa, no tiene duda embaraza el transito de su linea â la de Doña Luisa Bernarda, y al Conde actual su nieto, no obstante que se halle Religiosa, por serlo de vna Religion capàz de adquirir, en que tampoco se duda, y es comun en los Authores, que cita Roxas *de incompat.* 7. *part. cap.* 5. *à num.* 62. *ad* 65. y de los demàs, que adelantò su nieto Aguila *in eodem loco à num.* 58. *ad* 80.

45. De calidad, que tiene à su favor lo regular, la letra, ê intencion expressa de los Fundadores, *ex L. Miles.* §. *Quidem. ff. Ad legem Iuliam: de Adult.* ibi: *Opinionem quidem nostram, & verba legis, & intentio adiuvant,* sin que en el Conde concurra lo vno, ni lo otro, *vt in L. Ancillas. ff. de legat.* 1. ibi: *Neque verbis, neque voluntati defuncti accomodata hæc sententia est.*

46. Y quando huviesse duda (quæ in casu præsenti omnino abest) es tan clara la justicia, que assiste â la Religiosa, que aun la misma duda le sirve de defensa; pues in dubio se ha de juzgar por ella, por fundarse en las palabras de la fundacion, ibi: *Sus hijos, hijas, nietos, y descendientes, ex L.* 1. §. *Si quis navem. ff. de exercitor.* ibi: *In re dubia, melius est verbis edicti inservire.* Dando la razon el Emperador *in L. Si quis heredem. C. de institut. & substitut.* para que no succeda lo que dize, ibi: *Nè dum nimia vtimur circa huiusmodi sensus subtilitate iudicia testantium fraudentur.* Y por la misma razon dize Magonio *decis. Florentin.* 52. *num.* 15. *Si errandum in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error Iudicis, si inhæreat scripto.*

47. Porque concluìmos este primero Articulo con las palabras del Señor Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 15. *num.* 57. ibi: *Constat igitur ex omnibus hactenus adductis, ius dictarum filiarum certissimum esse, & apertum, nihilque pro adversa parte ponderari posse, quod ex verbis dictarum institutionum maioratum non ellidatur. Immo ex eisdem posse satisfieri his, quæ in favorem dictæ Dominæ Catherinæ expenduntur. Nihilominùs tamen necesse erit, vt veritas magis elucescat,*

cat, præcipua fundamenta proponere, quibus eadem Catherina innititur, atque illis suo ordine respondere, & satisfacere.

ARTICVLO SEGVNDO.

48. POR NO DVDAR LA CONDESA DEL buen Derecho, que â la Religiosa assiste, ni tener que oponer directamente â los fundamentos, que llevamos expuestos, y â otros, quæ consultò omisimus, por ser todas reglas, y principios generales, que solo sirviera su expresion de mayor dilacion, y tedio ageno de nuestro instituto; y considerando, como es creible, y natural, procure por todos quantos medios le sean possibles, mantener al Conde su hijo en la possession del mayorazgo, ha procurado poner diferentes dubios, quando no para convencer la justicia de la Religiosa, al menos para ofuscarla; sed nil minus; pues de la satisfaccion, que en el pleyto se ha dado â ellos, y que tienen en la disposicion de Derecho, se conocerà mas evidente, *vt potè quia veritas sæpiùs exagitata magis explendescit in lucem.*

49. Consiste el presente, en que aviendo fundado el dicho Veintiquatro Luis de Medina Orozco, y Doña Isabel de Sandier su muger, Vinculo de Tercio, y Quinto en cabeza del dicho Don Luis Joseph de Medina, Padre de la Religiosa, con condicion, de que este vinculasse ambas sus legitimas, en que expressamente consintiò, no aviendolo hecho de la materna, no tuvo efecto succediesse, ni su linea, debiendo desde luego aver comenzado en la de Doña Luisa Bernarda, Abuela del Conde actual, llamada en segundo lugar expressamente, mediante la referida contravencion del Don Luis Joseph de Medina, contemplandola por lineal, y real.

50. No nos detenemos en confessar por legitimo el gravamen, y que pudo averlo consentido el Don Luis Joseph, pues es constante, que aunque por la *L. Quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testament.* Sea la legitima tan libre, que no admita gravamen, tiene la limitacion, de que entonzes es tolerable, quando al hijo

se

se le dexa mas que la legitima, en que es terminante la *L.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. y con ella el Señor Castill. *tom.* 5. *cap.* 64. & *tom.* 6. *cap.* 107. D. Molin. *lib.* 2. *num.* 7. con los que recopilaron los Addentes.

51. En lo que reparamos es, en si Don Luis Joseph de Medina contravino; y si por su contravencion se privò, y su linea de poder succeder en el Vinculo; de calidad, que desde luego tuviesse Derecho â entrar la de Doña Luisa Bernarda, y sus descendientes.

52. Para la respuesta de este dubio, es de suponer, como està notado en el hecho *num.* 3. & 4. que aunque es cierto, que el dicho Veintiquatro Luis de Medina, y su muger cada vno fundò Vinculo del Tercio, y Quinto de sus bienes, aviendo de vincular sus legitimas su hijo Don Luis, tambien lo es, que el año de 1657. la Doña Isabèl revocò por su parte la vinculacion, que avia hecho; de calidad, que haziendose las particiones en el año de 660. se contemplò subsistente el Vinculo de su marido, y gravamen de la legitima paterna de su hijo, y libre la porcion, que â la Doña Isabèl tocaba por su dote, y demàs Derechos, de que gozò todos los dias de su vida, y por su muerte mejorò al dicho su hijo en el Tercio, y Quinto sin gravamen de tal Vinculo; mediante cuyo titulo, y por aversele adjudicado â la Doña Isabèl en cuenta de su credito dotal las Alcavalas, las gozò su hijo como libres, heredandolas por su muerte su hija Doña Maria Rodriguez de Medina, de quien quedaron herederas sus hermanas Soror Maria de San Jacinto, que litiga, y Soror Maria de la Resurreccion, que aun vive, quienes como libres, se las dieron al Conde Don Lorenzo Padre del actual.

53. Segun cuyo hecho no tuvo Don Luis gravamen alguno por lo tocante â la legitima materna, por que este era respecto de la mejora, que por via del Vinculo le avia hecho su Madre, y como este ya no subsistia, mediante la revocacion de la susodicha, no tuvo legitima materna, que aplicar, y pudiera ser otro caso, si se estuviera en los terminos de solo la disposicion de dicho Veintiquatro Luis de Medina Orozco, y que este

huviera puesto la condicion, de que Don Luis Joseph vinculasse ambas legitimas, pero no quando este gravamen fue respecto de las dos vinculaciones de su Padre, y Madre.

54. Y que estas fuessen dos vinculaciones realmente distintas, aunque en vn mismo instrumento executadas, no necessita de prueba, porque se omite; y quando se debiera dàr, se hiziera en mas estrechos terminos, que son los de hijo respecto de Padre, que funda Vinculo de tercio, y quinto con gravamen de legitimas, en que el consentimiento de este hijo lo haze tan Fundador como su Padre.

55. Esto se deduce del text. *in leg. Pater. 22. ff. de manumiss. vindict.* en cuya especie, en la libertad dada por el hijo de consentimiento de su Padre, dize el Consulto: *Cæterùm ipse manumittit.* Siendo la razon, porque el que presta consentimiento, es el verdadero Agente, *leg. Sic consentiente. 16. leg. 22. ff. de manumiss. melior textus in leg. Ædibus. 9. §. Quod filius: de donation. leg. Servus communis. 38. §. 1. ff. de donation. inter.*

56. Y esta especialidad conviene, y se conforma con la regla comun, que dize, *quòd quilibet actus derivatur semper ab specifico efficiente, & sic consentienti tribuitur*; cuya regla iuribus illustrat D. Valenzuela Velazq. *consil. 63. ex num. 65.* y con autoridades los Addentes al señor Molina *lib. 2. cap. 2. ad num. 7. y 8.* De que resulta en individuo, de que de el Vinculo hecho de consentimiento de el hijo se tenga por Fundador este, vt tenet Gama *decis. 218. vbi num. 4.* infert: *Et sic dicebat hunc smaragdum iuniorem, & fratrem eius ratione consensus Fundatores esse Maioratus. Qui enim consentit, videtur constituere:* Bartholus *in leg. Cùm quis. num. 2. & 4. ff. de legat. 3. & in leg. Quæ dolis. num. 15. ff. de solut. matrimonio.*

57. De que se sigue con evidencia, que no aviendo tenido subsistencia el Vinculo de la Madre, cuius respectu fue el gravamen de la vinculacion de la legitima materna, quidquid sit de la validacion de esta revocacion; pues hasta que mucho despues se declarò por nula por executoria de V.S. se tuvo por valida; quedò sin efecto

di-

dicha condicion, y gravamen respectivo, sin que en Don Luis Joseph de Medina huviesse avido formal contradiccion.

58. De lo proximamente discurrido, y fundado se sigue, que en el caso presente mejor se puede llamar Vinculo de Don Luis Joseph de Medina, que del Veintiquatro Luis de Medina su Padre; pues, como queda notado en el hecho, en las particiones, que se hizieron el año de *60.* se diò por consumido todo el quinto en el legado de Don Luis Bartholomè, y otros gastos, quedando solo por tercio para el Vinculo vn cuento de maravedis, y lo que por legitima de Don Luis Joseph se considerò fueron quatro cuentos, los que se aplicaron â dicho Vinculo; y siendo en estos terminos todo el mas caudal de Don Luis Joseph de Medina, quien nada le debiò â Doña Luisa Bernarda, y quien percibiò libres ambas sus legitimas, no fuera justo lo gozassen los hijos, y descendientes de esta, y que quedassen exclusos los del dicho Don Luis, Fundador.

59. Es tan legitima esta consideracion, que aun en terminos, de que Don Luis Joseph no huviesse querido vincular su legitima Paterna; sin embargo debiera suceeder, y sus hijos, y descendientes, con exclusion, ò preferencia de Doña Luisa Bernarda, y de los suyos. Sobre cuyo punto discurriò latamente el señor Castillo *lib. 5. controv. cap. 24. num. 79.* con el motivo de pleyto, que se siguiò en esta Real Audiencia entre Don Adrian de Paz, y vna hermana suya, que pretendia suceeder en Vinculo fundado por sus Padres, con condicion de gravamen de legitimas, â que no quiso assentir, y en que huvo â favor del Don Adrian sentencia de V. S. y despues executoria, la que trae en el dicho capitulo 79. en que no se le privò de la succession.

60. Y entre los fundamentos, que trae para justificacion de dicha determinacion de vista, es vno al *num. 25.* muy de nuestro caso in hunc modum: *Denique atque ex alio verisimilitudo eadem colligitur, quòd inter dictum filium maiorem, & primo loco ad meliorationem, & Vinculum vocatum magna inæqualitas in casu præsenti considera-*

tur,

tur, & verè intervenit, imò & maxima iniuria filio eidem maiori iniungi videtur; nam vt ipse meliorationem consequatur, si legitimè Vinculum agnoscere precisse deberet, gravamen magnum pateretur, cùm liberè disponere non posset de legitima, & forsan intestatus moreretur, ideò quòd alia bona non haberet, de quibus disponeret::: ex quo maxima resultaret inæqualitas, cùm filius primo loco vocatus, & magis prædilectus, deterioris conditionis esset, vt tertio, & quinto privandus veniret, quia legitimæ onus, & Vinculum recusabat; sequentes autem filii post eum vocati melioris conditionis essent, qui tertium, & quintum, & legitimam simul absque Vinculo, & vllo gravamine consequerentur; quod præsumendum non est verisimiliter, vt per contraventionem filius relicto privetur, quo alii filii non privabuntur, citando al Señor Molina, y â otros.

61. Pero dado caso, y no concedido, que porque la Madre no pudiesse revocar, el hijo no huviesse vinculado como su legitima paterna, la materna; no por esto debian ser privados de la succesion sus hijos, y descendientes, esto, quando lo debiesse ser el Padre por la contravencion, y que no procediera lo proximamente discurrido con el lugar del Señor Castillo; pues aunque se contemplasse raiz infecta el Don Luis Joseph *ob contraventionem*, no les dañaba à sus hijos, hijas, nietos, y descendientes.

62. El texto capital de la materia es la *L. Si viva Matre. C. de Bonis Mater.* en el que se dispone, que vna persona â succesione exclusa, censentur etiam exclusi descendentes ab ea, vtì procedentes â radice infecta. Cuyo texto, por ser tan absoluto, ha dado motivo à que los Authores lo expliquen, y entre ellos con especialidad el Señor Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 15. quien le dà quatro limitaciones tan ciertas como la misma regla.

63. La primera: quando los hijos, y descendientes de la persona exclusa tienen expresso llamamiento, como en nuestro caso, ibi: *Sus hijos, hijas, nietos, y descendientes; tunc enim non obstante exclusione Patris, filii indistinctè admittuntur propter expressam substitutionem, vt cum multis concludit num.* 60.

La

64. La segunda: quando en los hijos, y descendientes, no milita la misma razon, ò causa de exclusion, que huvo en el Padre, sino muy diferente; lo que se verifica en nuestro caso.

65. La tercera: quando los hijos, y descendientes vienen à la succession ex persona Patris por la representacion como subrrogados; & subingredientes eorum locum, & gradum, à diferencia de quando vienen ex sua persona, aut Iure proprio como mas proximos en el grado, y con llamamiento, como viene la Religiosa: siendo la razon la que dàn el Señor Vela *dissertat.* 48. *num.* 22. y el Señor Olea, *tit.* 3. *q.* 3. *num.* 13. porque el succeder los hijos, excluso el Padre, es, porque no succeden à este *ex L. Si adrogator. ff. de Adopt. L. Cohaeredi. §. Cum filiae. ff. de Vulgar. & pupilar. L. Vnum ex familia. §. Si de falcidia. ff. de legat.* 2.

66. La quarta, y vltima procede, quando alguno simpliciter, & indistinctè, fue excluìdo, de calidad, que siempre, y absolutamente fuesse incapaz, y que por ningun modo, y en ningun tiempo pudiesse succeder: *Sed si non simpliciter, & absolutè exclusus est, sed potiùs vocatus, & in aliquem eventum exclusus, ita quòd aliquando capax fuerit; tunc descendentes non censentur inhabiles, nec exclusi, sed eo ipso quòd Pater vocatus fuit, vel saltim aliquo tempore, vel casu habilis esse potuit, descendentes eius habiles, & capaces ad successionem fiunt;* cuyas palabras son expressas de dicho Señor Castillo al *num.* 76.

67. En lo mismo convienen Costa *de successione regni.* 3. *part. num.* 44. & 45. y quasi con las proprias palabras del Señor Castillo lleva lo mismo D. Molina, *lib.* 3. *de Primog. cap.* 7. *num.* 4. cuyas doctrinas son bien aplicables al caso presente, no solo en terminos de Vinculo de Tercio, y Quinto, sino de mayorazgo fundado con facultad Real, ò por vn estraño.

68. Por otra regla se excluye la exclusion, que por la Condesa se ha alegado contra la Religiosa, con el motivo de la contravencion en no aver vinculado Don Luis Joseph de Medina ambas sus legitimas, cuya regla la tocò Bartulo *in L. Liberorum. ff. de verb. signif.* quien al *num.* 16. distingue tres casos: el primero,

ro, quando el Padre queda excluso por muerte, ò repudiacion; que entonces los hijos succeden no obstante la exclusion del Padre: El segundo; quando la privacion es por pena, ò culpa de este, y no de los hijos: Y el tercero; quando siendo la exclusion del Padre real, no milita en los hijos. Cuya distincion es comunmente recibida por el Señor Castillo, *dict. cap.* 15. *lib.* 3. *num.* 59. Cyriac. *tom.* 2. *controv.* 206. *num.* 59. *& sequent.* D. Solorzano *de Iure indiarum, lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 37. D. Larrea, *alleg.* 41. *num.* 7. D. Olea, *tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 20. Antunez, *de donationib. reg.* 3. *part. cap.* 19. *num.* 40. Rox. 7. *part. cap.* 6. *à num.* 18. con los que estos citan.

69. Y quando se dirà personal, ò real esta exclusion? Ya lo explicò con toda claridad Roxas, 4. *part. cap.* 2. *num.* 13. ibi: *Quinto, nam conditio, vel prohibitio toties est realis, quoties apposita est in rem absque mentione personarum; cùm à re ipsa gravata dicatur realis: aliter autem censeatur personalis*; lo que prosigue al *num.* 14.

70. Y por esto es opinion recibida, que la exclusion del Padre por contravenir al precepto del Testador, no es en beneficio del transversal, sino de los hijos del que contraviene; *ex L.* 1. §. *Si Pater. versic. Sed, & si Patruus. ff. de coiung. cùm emancip. liber. L. Adoptivor.* §. *fin. ff. de in ius vocand. L.* 2. §. *fin. ff. Ad tertylli.* D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 56. Rox. 7. *part. cap.* 6. *num.* 18.

71. Y que se admitan los hijos del que ob alienationem factam de bonis maioratus fue privado, con exclusion del transversal; la fundò latissimamente Mieres *de maioratib.* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *Ex num.* 312. y Matienz. *in L.* 12. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 4. *num.* 10. Cyriac. *tom.* 2. *controv.* 206. *ex num.* 2. *cum citatis* â Pegas. *Resolut. cap.* 4. *num.* 96.

72. Y lo mismo en el que por ser furioso, sordo, ò mudo, tiene incapacidad, la que no les obsta â sus descendientes; ex D. Gregor. Lop. *in L.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *verb. siendo ome para ello.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 35. *& lib.* 3. *cap.* 7 *num.* 4. & aliis.

73. Conque si en terminos rigorosos de mayorazgo fundado con facultad Real, y que en Don Luis

Jo-

Joseph huvieſſe expreſſa excluſion ob contraventionem, no lo eſtaban ſus hijos, y deſcendientes, por lo eſpecial de la vocacion, y que en Vinculo de tercio, y quinto con condicion de gravamen de legitimas, â que no aſsintiò el hijo, no le priva de la ſuccesſion, ni â ſus hijos, el ſegundo llamado de otra linea, y que en el caſo preſente mas ſe puede dezir Vinculo de Don Luis Joſeph, que de ſu Padre; no ſe ſabe en què pueda conſiſtir la pretenſion de la Condeſa.

74. Vlteriùs hablando los Authores de la privacion ob contraventionem, y fundando regla general, de que eſta privacion es no ſolo perſonal, ſino lineal, ò real, recurren algunos à la diſtincion comun, de que, ô los hijos vienen ex propria perſona excluſa per contraventionem, y que entonces no ſon admitidos, ò vienen ex propria perſona, & proprio iure, y que entonces lo ſon.

75. Otros dàn otra diſtincion mas vniverſal, videlicet, ſi huvo voluntad expreſſa en el Fundador (ſi ad id poteſtatem habuit) preſumpta, ò conjeturada de excluir â los deſcendientes, ò no conſta de eſta voluntad tacita, ò expreſſa, procediendo la excluſion en el primero caſo, que ſe niega en el ſegundo, en que ſolo ſe contempla perſonal.

76. Eſtas diſtinciones, vt â repetitione Authorum excuſemur, las explica citando à todos, los que tocan eſte punto, Roxas 3. *part. cap.* 1. *à num.* 65. trayendo deſde el 70. todos los exemplos de la expreſſa, y tacita excluſion; pero al 86. lo limita en el caſo, de que el Fundador carezca de libre facultad para poner ſemejantes condiciones, como quando fundò Vinculo de tercio, y quinto, ſegun la ley 27. de Toro, en cuyo caſo no ſe entienden excluſos los deſcendientes; de calidad, que niega contravencion lineal, concluyendo al *num.* 93. *quòd in dubio ob contraventionem Patris in Maioratibus Hiſpaniæ, non cenſetur excluſus filius, nepos, neque ab eo deſcendentes, cùm vnusquiſque iure proprio ſuccedat, & ex propria perſona, non ex vi tranſmiſsionis, nam in Maioratibus tot ſunt vocationes, ſive ſubſtitutiones, ac donationes, quot ſunt perſonæ vocatæ*, citando al ſeñor Molina, y â otros, y â que con-

conduce la doctrina del señor Castillo *lib. 6. cap.* 171. de qua suprà.

77. Esta resolucion se confirma mas, aun en el caso, de que la Religiosa necessitasse vsar del Derecho de la representacion; porque este, si bien pone al hijo en el lugar del Padre, no le dà la succession ex persona Patris, sino ex persona ipsius succedentis, como hemos dicho, siendo esta la mas recibida opinion, quæ post Barthul. *in leg.* 1. §. *Sint nepos. ff. de collat. dot.* y otros llevaron Robles *de repræsent. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 5. y D. Castill. *lib.* 3. *controv. cap.* 19. *num.* 166.

78. De que se sigue no representarse las qualidades personales del representado, sino las del representante, vt in terminis Sphorcia *consil.* 38. *num.* 70. ibi: *Quando repræsentatur gradus, & ita succeditur ex persona propria, debet attendi qualitas, & conditio ipsius repræsentantis, quando verò repræsentatur persona, & sic succeditur ex persona repræsentati; attenditur qualitas, & conditio ipsius repræsemtati.* sequitur D. Castill. loco proxim. citat. *num.* 164.

79. Sed quia fortè replicare quis poterit, que esto puede entenderse, quando no aya (como en nuestro caso) la irritante, que contiene la fundacion, de que de no vincular Don Luis Joseph sus legitimas, passasse el Vinculo al siguiente en grado, contemplando en este caso succesible la linea de Doña Luisa Bernarda.

80. A cuya replica, y fuera de los terminos de Vinculos de tercio, y quinto, sino en los de Mayorazgo fundado por estraño, ò por el Padre con facultad Real, respondemos, que el gravamen de anexacion de alguna parte de caudal, puesto â los successores de cierta linea, no se estiende â otros; pues la *L. Quæ conditio. ff. de condit. & demonstr.* forma dos casos: El vno, quando las vocaciones son absolutas en la succession de algunas lineas, y el gravamen es limitado â vna en particular, que entonces los que tienen la absoluta vocacion succeden sin el gravamen de anexacion, el qual solo comprehende el grado, en que fue puesto: Y el segundo, quando el gravamen fue dirigido â ciertas personas de aquella linea, y no à los bienes, en que no se dà extension.

Cu-

81. Cuyo punto tocò Pegas *ad ordinam. Reg. Portug. lib. 1. tit. 50. cap. 1. num. 5. & 6.* concluyendo: *Quòd ad cognoscendum an dispositio gravaminis sit realis, vel personalis inspiciendum est, quid præcedat, nam, vbi præcedit nomen personæ, dicitur personalis.* citando à muchos, y entre ellos à Roxas 4. *part. cap.* 2. per totum, & præcipuè *à num.* 26. vbi latè de hac materia.

82. Y recurriendo â aplicar esta doctrina con la fundacion, se halla, que el gravamen se le puso à Don Luis Joseph, y no â su linea, porque esta fue llamada, sin mencionarse los bienes del Vinculo, para que se contemplasse real, y lineal, en que tambien conviene D. Castill. *lib.* 3. *controv. cap.* 15. en caso, que le fue consultado, resolviendo, que los hijos, ê hijas del que contravino deben ser admitidos, y no el hermano de este, û otro llamado en segunda linea; vt videri poterit *à num.* 24. donde poniendo seis fundamentos responde â los contrarios, fixando la resolucion favorable à los hijos del que contravino, sin embargo de la contravencion.

83. Mas expresso està Roxas *de incompatibilit.* 4. *part. cap.* 1. *per totum*, por explicar el punto del siguiente en grado, en que para que el hermano del que contravino sea, y su linea el siguiente en grado, y que por consiguiente se tenga por lineal la exclusion, requiere, que el Fundador con expressas vozes lo llamàra; pero que si poniendo el gravamen en vn hijo, y por la contravencion llamàre al siguiente en grado, se entiendan serlo los hijos de este, y no el segundo hijo del Fundador, hermano del que contravino, que por ser sus palabras del caso, se ponen â la letra las que trae al *num.* 87.

84. *Sed ego in conflictu harum opinionum, hac distinctione adhibita, vtramque sequor, & explico sententiam, in qua resideo: aut vocatio, sive sit facta â lege, sive ab homine, est de secundogenito, seu filio, aut fratre secundo, sic: Succeda en el otro Mayorazgo el hijo segundo, ò el hermano segundo; & tunc vocato filio secundo, vel fratre secundo; solummodo secundogenitus, sive filius secundus, aut frater secundus, & eius filii, seu eiusdem lineæ descendentes succedere debent, & non filii primogeniti:* Et prosequitur *num.* 88. ibi: *At verò si vocatus fue-*

rit in alio Maiorata incompatibili sequens in gradu; tunc filii primogeniti succedent, & præferentur patruo secundo, vel tertio genito: Quia speciale est in hoc casu, quòd Patruus præferatur nepoti, remitiendose à otros Capitulos.

85. Esfuerzase todo lo referido, conque sin embargo de todos estos reparos, que tuvieron, ò debieron tener presentes Doña Luisa Bernarda, y el Conde Don Lorenzo, Abuela, y Padre del actual, dexaron entrar en la succession à Don Luis Joseph, y despues à su hija Doña Maria Rodriguez de Medina, hermana de la Religiosa, sin el menor reparo; siendo el motivo, de que transitasse el Mayorazgo à la otra linea, el que despues se darà à otro de los dubios propuestos por el Conde.

86. De que se sigue, que quando huviesse duda en si en este Vinculo debiò aver succedido, ô no Don Luis Joseph, y sus descendientes, la quitaba la prescripcion, y observancia de cinquenta años con poca diferencia de averse posseìdo en esta linea, y à que se proporcionan las quatro especies de prescripciones, de que hablan los Authores, scilicet inductiva, extensiva, conservativa, y declaratoria, ò interpretativa.

87. La primera de estas se verifica en los derechos, que nunca se tuvieron, ni huvo fundamento cierto, y conocido, sino el introducirlos de nuevo, el que quiere valerse de la prescripcion; en cuyo caso, para prescribir contra los llamados, y que no llegò el caso de la substitucion, es preciso prescripcion immemorial, vt præter Gom. *in leg.* 40. *Taur. num.* 60. D. Molina *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 10. D. Vela *dissert.* 48. tenet Valeron *de transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *num.* 76.

88. La segunda es, la que comprehende las acciones, y preeminencias, que se añaden por el vso siguiente à las que el Posseedor tenia desde su principio, como si estuviesse limitada la succession al modo de succeder en vna linea, y este se huviesse estendido à otro diferente, & tunc bastan diez años para la prescripcion, como fundò, y distinguiò Baldo *in leg. Imperium.* 18. *ff. de iurisdict. omn. Iudic.*

89. La tercera consiste en tener, ò conservar lo mismo, que estaba ya adquirido, excluyendo la nove-

dad

dad, que procura introducirse, en que solo se requiere, que quando succediò el caso, en que se pretendiò introducir la novedad, no aya tenido efecto, siendo la razon, porque non dicitur interruptum, quod semper viguit, & nova reformatio per continuationem iuris antiqui censetur exclusa, que fundaron Ancarrano *in repetit. cap. Statuta. num. 240. de constitut.* Bald. *in auten. Omnes peregrini. num. 7. C. Commun. de succes.* y otros.

90. La vltima es, la que mira â interpretar clausulas dudosas, ò generales de la disposicion, en la que basta algun tiempo, y que in casu occurrenti eius vsum, & praxim invaluisse, sin necessitarse para la prescripcion de tiempo immemorial de treinta, ni quarenta años, vt tenent Tiber. Decian. *cons. 44. num. 16.* y Menoch. *cons. 163. num. 8.*

91. La razon de esto se funda, en que el averse observado esta, ò aquella forma de succeder en el discurso de diez años, obra lo mismo, para interpretar la duda, que si literalmente lo huviera dispuesto el Fundador, como lo fundaron Lara *de Capellan. lib. 1. cap. 5. num. 46.* Mieres *4. part. quæst. 10. num. 330.* & post plures D. Valenz. Velazq. *cons. 97. num. 204.* y aun con menos tiempo se tiene por bastante, segun Garcia *de Benefic. 5. part. cap. 4. à num. 80.* y Gutierrez *lib. 3. pract. quæst. 16. à num. 78.*

92. Y quando el curso de cinquenta años con poca diferencia no fuera bastante (que lo es) en la opinion de los Authores, para prescribir vna linea contra la otra, lo era para alterar la forma de succeder prescripta en la fundacion, & in terminis Cabedo *decis. 121.* & Pereyra *dec. 21. num. 8.* cum suprà citatis.

93. Siendo lo que mas convence al Conde el silencio de su Padre, y Abuela, pudiendosele dezir con el *cap. 11.* del *lib.* de los Juezes, *versic. 26. Quare tanto tempore nihil super hac repetitione tentastis? Igitur non ego peco in te, sed tu contra me malè agis indicens bella non iusta.* y con Vlpiano *in leg. Si quis. 6. in fine principii. ff. de Pœnis.* ibi: *Neque enim debebant tam magnam rem tandiu reticere.*

94. Concluyendo la satisfaccion à este primero dubio con la resolucion adequada, que para este caso de-

xò

xò escrita el mismo Vlpiano *in leg. Divi fratres. 17. ff. de iure Patronat.* ibi: *Magis visum est, nepotem neque verbis, neque sententia legis, aut edicti Prætoris, ex persona, vel nota Patris excludi à bonis Aviti liberti.* Pues no excluyen à la Religiosa las reglas generales de las succesiones de los Mayorazgos de España; ni las palabras de la fundacion, pues llama â hijos, ê hijas, ibi: *Neque verbis.* ni lo immutable de la razon natural, ni la sentencia de la ley, ibi: *Neque sententia legis.* ni menos la authoridad de los Doctores, y practica de los Tribunales, ibi: *Aut edicti Prætoris.* ni tampoco la possession en su linea, que es muy apreciable, vt abundantissimè fundavit D. Castill. *dict. lib. 3. controv. cap. 15. num. 52.*

DVBIO SEGVNDO.

95. SI LA CONDESA TVVIERA PRESENTE, que sin dificultad, por la contravencion de Don Luis Joseph, avia quedado este excluso de la succession del Mayorazgo, y que no le obstaba, como le obsta, todo lo proximamente discurrido, no se huviera valido de vn medio totalmente contrario al de que forma el segundo dubio, sobre que en la renuncia, que la Religiosa hizo en 17. de Marzo de el año de 73. se comprehendiò este Vinculo, porque se hizo incapàz de succeder en èl.

96. Cuya contrariedad es evidente, y privativa; porque si fue exclusa la linea de Don Luis Joseph por la contravencion de este, ò por otra qualquiera causa, que se quiera discurrir, no quedò derecho al Mayorazgo, que pudiesse renunciarse, ni abdicarse por la Religiosa; conque, ò se ha de estàr, â que esta, ni los demàs de la linea, no fueron exclusos, ò que si lo fueron, el valerse del medio de la renuncia, es confessar contrariedad privativè, que no admite medio, & vno posito alterum tolli necesse est.

97. Pero porque puede dezirse, que esta, que se llama contrariedad, no es privativè, sed dispositivè, ò disiuncta en los terminos de la *ley Hæc verba. 124. ff. de verbor. signif.* ibi: *Si dies est: ergo nox non est.* y que dado

do

do caso, que no fuesse exclusa la linea, no por esto se siga, que la Religiosa deba ser admitida, quando alio titulo ella misma se excluyò por la renuncia de la que se sigue sin dificultad verdadera vacante, vt ex congestis à D. Olea *tit.* 3. *quæst.* 4. *à num.* 4. satis liquet; serà preciso se haga cargo la Religiosa de este segundo dubio, manifestando, que la renuncia, segun los terminos, que en ella constan, no comprehendiò la succesion de este Vinculo, ni menos, que lo pudo comprehender.

98. Cierto es, que treze años despues de hechas las particiones del Veintiquatro Luis de Medina, y dadole caudal al Vinculo, que este fundò, pagandosele su dote, y demàs derechos â Doña Isabèl de Sandier, se hizo la renuncia por la Religiosa; pero tambien lo es, que esta ignorò tal vinculacion, y derecho, que pudiera tener à ella, ni de esto le diò noticia su Padre, como lo declarò à pedimento de la Condesa, y consta al *num.*

99. Y aunque pudiera dezirse, que por ser el Vinculo vn derecho de futuro con causa de preterito, ò esperanza de presente, pudiera comprehenderlo la renuncia ad tradita per D. Oleam *tit.* 3. *quæst.* 10. *per totam*, esto solo pudiera proceder, quando este Derecho no fuesse ignorado, como de hecho lo fue, y consta que nada se probò por la Condesa, estando â favor de la Religiosa la ignorancia, mientras no se justificasse la ciencia, la que es tan precisa, como en terminos de renuncia fundò Fontanela *de pact. nup. clauf.* 4. *glos.* 28. *à num.* 40. *& in clauf.* 9. *glos. vnic. part.* 1. *num.* 79. y Cyriac. *controv.* 292. *num.* 8. y es comun en todos los Authores.

100. Pero quando la ignorancia no le excusasse, sino que se quisiesse tuviesse la Religiosa ciencia bastante de el Vinculo, y Derecho â èl; no obstante, estandose â las vezes de sus renuncias, no se halla comprehendido; y respecto, de que este punto es muy disputado por los Authores, los que hablan con variedad de casos, serà preciso, para su mayor inteligencia, dividirlos.

101. Para lo qual se supone, que la renuncia de la Religiosa fue de sus legitimas Paterna, Materna, y otras qualesquiera transversales succesiones, junto con el dere-

cho al Patronato de Alonso de Burgos, y de la Hermandad, y Cofradia de la Santa Cruz, sita en San Francisco, y de otros qualesquiera Patronazgos, que tenia, y tuviesse, todo en favor de Don Luis Joseph su Padre, y de los que heredassen sus bienes, con el gravamen de los 50. ducados, que reservò.

102. Segun cuyo contexto es comun la distincion de las renuncias, que se reduce â tres especies: Personal simpliciter: Real simpliciter: y Real secundùm quid, mixta, de que hablaron los Authores, que cita Julio Caponio *discept.* 216. *à num.* 3. siendo la personal en la que se renuncian las legitimas en favor de cierta persona, como Padre, Madre, ô parientes. La Real, quando se renuncian qualesquiera bienes, y herencia en contemplacion de cierta persona, y perpetuamente en favor de herederos, ò qualesquiera successores. Y la Personal, ò Real secundùm quid, se considera personal respectu rei, ô real respectu personæ, como quando renuntiatur hæreditati alicuius certæ personæ, sed in favorem hæredum, vel successorum quorumcumque in perpetuum, vel quando renuntiatur omnibus, & quibuscumque successionibus contemplatione certarum personarum, puta ad favorem Patris, vel fratris tantùm.

103. Y aunque quando se dize real la renuncia, se diga comprehenderse los feudos, ò Mayorazgos, segun quisieron algunos: en la mas bien recibida de otros, nunca se entiende real, sino personal, para que no se comprehenda Vinculo, à diferencia de quando solo se renuncian bienes alodiales, lo que explica abundantemente dict. Caponio *discept.* 218.

104. Estas diferencias no las tocò el Sr. Olea *in dict. quæst.* 10. procediendo remissivamente desde el *num.* 22. sobre si en la renuncia se tiene por incluso el Mayorazgo, siendo cierto no comprehenderse aun en la opinion mas estrecha, que parece lo es la del Padre Sanchez *lib.* 7. *cap.* 7. *num.* 8. en que llevò, que en las renuncias de legitimas Paterna, y Materna no se incluye el Mayorazgo, por no ser bienes Paternos, y que en ellos se succede por proprio, y separado derecho, en que parece conviene el P. Molin. *disp.* 572. *num.* 21. y otros.

105. Siendo regla general, y por tal la llevò Roxas

 de

de incompat. 7. part. cap. 5. num. 66. que *in generali renuntiatione Monachi, vel Monialis non venire successionem maioratus, vinculi, seu Patronatus, nisi expressè renuntians faciat mentionem in renuntiatione de maioratu instituto, & eius vocationibus, vel de alio quocunque maioratu instituto.*

106. Y al num. 101. como testigo depone averlo visto juzgar en la Real Chancilleria de Granada en Vinculo de tercio, y quinto, litigado entre Doña Ana Messìa de Azebedo, Religiosa professa en el Convento de Santa Cathalina, con Don Antonio Gomez de Montalvo, de el Orden de Santiago transversal de esta, siendo los Fundadores Abuelos de la Religiosa, y teniendo el Vinculo gravamen de apellido, y Armas, aviendo renunciado dicha Religiosa al tiempo de la profession, con renuncia general, y amplia de todas successiones. Cuyo exemplar es el mas ajustado â nuestro caso, por convenir en Religiosa de el mismo Orden; Vinculo de tercio, y quinto, fundado por Abuelos; gravamen de apellido, y Armas; y renuncia general.

107. Y â mas de los Authores, que cita para comprobacion de esta opinion, en que es especial la de Rodriguez, *quæst. regul. tom. 2. quæst. 78. artic. 14.* la tienen D. Covarr. *in cap. Quamvis pact. 3. part. §. 3. num. 6.* Sabeli § *renuntiatio. num. 10. versic. In contrarium. & num. 22.* Y especialmente Menoch. *in consil. 401.* per totum, & præcipuè *num. 79.*

108. Mas en terminos es Ascanio Tambur. *de Iure Abbatissarum, & Monialium, disp. 8. quæsit. 11.* donde dà diferencia entre renuncia general, y universal, afirmando, que in renuntiatione generali no se comprehenden los feudos, ni mayorazgos, sino solo en la renuncia universal; cuya distincion es muy digna de que se tenga presente, para que se eviten las confusiones, con que suelen hablar los Authores, equivocando los terminos, fundados, en que el principal fin de las Religiosas en las renuncias es el mayor servicio de Dios, y desaproprio de bienes; debiendo distinguir, en que esta proposicion universal tiene su lugar, quando la renuncia lo es, pero no quando es general respecto de cierto, y determinado genero de bienes, y en contemplacion de determinadas personas, en

cuyo

cuyo caso, como que la renuncia es strictæ naturæ, por mas general que se quiera contemplar, nunca sale destos terminos.

109. Confirma el mismo assumpto Cancer. 3. *part. variar. cap.* 15. *â num.* 262. en el caso, y question de dos, que litigaban la herencia de vno, con el motivo de que el segundo testamento avia revocado el primero, donde el otro avia sido instituido heredero, y aviendose reducido â concordia, y partido la herencia por mitad, sin tenerse que pedir el vno â el otro, no se hizo mencion de vn fideicommisso, y dudandose despues, si de este se pensò en la transaccion, y quedò comprehendido en ella, funda no aver quedado, aunque las partes no lo ignoraban, y entre los fundamentos, que trae, es vno, que pone al num. 277. en que dize, que *etiam data scientia fideicommissi, non censeri ei renuntiatum.*

110. Con esta doctrina se dà inteligencia â la renuncia de la Religiosa, y que no pudo comprehenderse en ella este Vinculo; porque si esta à mas de sus legitimas tenia noticia de èl, y tambien del Patronato de Alonso de Burgos, de aver renunciado este, y no el Vinculo; se sigue precisamente no lo quiso comprehender en la renuncia, por la razon de el texto *in L. Item apud Labeonem.* 15. §. *Ait Prætor. ff. de iniuriis* in illis verbis: *Ea enim, quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta. Cap. Ad Audientiam. de decimis. Cap. Inter corporalia. de translat. Episcop.* D. Valenz. Velazq. *Conf.* 97. *num.* 143. cum vulgat.

111. Y siendo, como es, tan clara la justicia, que tambien en este punto assiste â la Religiosa por las circunstancias de su renuncia, â que favorecen todas las disposiciones de Derecho, y opiniones de los AA. nos excusa de mayor exornacion; aunque es inevitable otra reflexion muy de el caso, que consiste, en que quando se quisiesse apreciar la comprehension de el Vinculo en la renuncia de la Religiosa, y que contra ella no avia regresso; sin embargo por las circunstancias presentes, y por lo preciso de la naturaleza de mayorazgos, lo ay.

112. Para prueba de esto, es preciso suponer, que la renuncia hecha â favor de el Padre, lo fue tambien â beneficio de los descendientes de este, y no aviendo oy quedado

dado mas, que la Religiosa, y su hermana menor, se evacuò ya el fin; de calidad, que no debe permitir passe el Vinculo à otra linea transversal, como lo es el Conde, respecto de la Religiosa, por ser hijo de primo hermano suyo.

113. Esta conclusion se halla fundada por Donato Anton. Marin. *resolut. Iur. lib. 2. cap.* 189. en terminos de renuncia hecha à los Padres, herederos, y successores, con expresion de que era real, y en contemplacion de la familia, ò agnacion, y que siempre tuviesse su efecto como real, y sin embargo la hija renunciante, en la especie de Marinis, excluyò à su Tio hermano de su Padre, porque este no dexò mas hijos, que à la renunciante, trayendo en comprobacion diez determinaciones en diferentes pleytos, siendo bien particular la vltima, de que trata desde el *num.* 77. hasta el 86.

114. Y en el *cap.* 190. hablando en renuncia de bienes libres, concluye al *num.* 40. *fin.* in hunc modum: *Et in omnem eventum, quatenus dicta renuntiatio dici posset absolutè realis, talis diceretur, vbi superessent personæ in ea contemplatæ; secùs autem illis, prout hic, non extantibus, quia tunc non dicitur ampliùs realis, sed personalis, quæ non impedit, quominus Monasterium ex persona renuntiantis succedere posit.*

115. De esta misma opinion es Caponio *discept.* 216. *num.* 35. y toda la 218. donde constituye la diferencia de renuncia de bienes alodiables à la de feudales, y que la de estos se restringe à solo las personas, à cuyo favor fue hecha con exclusion de Colaterales.

116. En lo mismo convienen de nuestros Regnicolas, Mieres *de Maiorat.* 3. *part. quæst.* 18. *num.* 22. & 23. Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 21. *ad* 27. con los demàs, que cita Roxas *de incompatib.* 1. *part. cap.* 8. *num.* 28. vbi dicit: *Quòd si primogenitus renuntiavit primogenituram in favorem secundogeniti; si secundogenitus decedat absque filiis, poterit primogenitus reassumere Ius primogenituræ, absque eo quòd succedere debeat tertiogenitus.* Y si esto es corriente entre los descendientes por lo restricto de la renuncia, de los descendientes à los Colaterales quid?

117. De que se sigue por necessaria consequencia, que quando la Condesa quisiesse persuadir la comprehen-

sion

sion de este Vinculo en la renuncia de la Religiosa, siendo esta hecha à favor de su Padre, y demàs herederos, y successores de este, no aviendo oy de esta linea mas que la Religiosa, y su hermana, avia cessado el efecto, mayormente, quando si se atiende à la renũcia, se hallarà, que aun de los bienes libres, y legitimas, que renunciò, es dueña, porque su Padre instituyò por su heredera à Doña Maria Rodriguez de Medina, y esta â la Religiosa su hermana, y si los bienes libres se le debolvieron, por la misma razon lo està tambien el Vinculo, aunque fuesse incluso en la renuncia con exclusion del Conde por de otra linea.

DVBIO TERCERO.

118. SIENDO TODO EL ESFVERZO DE LA Condesa el manifestar aver llegado el caso de la substitucion en la linea de su hijo, y no teniendo por bastantes los dubios precedentes para persuadir la expressa exclusion de Don Luis Joseph, y de su linea, por la contravencion de este, ni de la Religiosa por su renuncia; recurre por vltimo, y (à su parecer) convincentissimo medio el de la exclusion tacita, que quiere persuadir, ô por la naturaleza, y circunstancias del Vinculo, ò por la tacita mente del Fundador.

119. Y debiendo clara, ê indubitablemente mostrar la exclusion de la Religiosa, mientras no lo hiziere, no puede obtener, *ex text. in leg. Nuptura. ff. de Iure doti.* ibi: *Nisi evidentissimè contrarium probetur. L. Libertas. §. fin. ff. de manumis. testam.* ibi: *Nisi aliud sensisse Patrem familias manifestissimis rationibus probaverit. L. Si plures. ff de vulgar.* ibi: *Nisi alia fortè fuerit mens Testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter expresserit.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 15. & Add. *num.* 32. Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 88. & D. Vela *dissert.* 49. *num.* 52.

120. Esto mismo concluye por cierto, y sin controversia con fundamentos de authoridad, y razon de todos derechos el señor Valenzuela Velazquez *cons.* 97. *num.* 206. ibi: *Et cùm prætendens admitti ad Maioratus successionem, debeat clarè, & apertè probare evenisse casum suæ substitutionis, & esse expressè vocatum.*

121. Et *num.* 217. prosequitur, ibi: *Interim, dum non ostenderit, standum est regulis, quæ assistunt pro Marchione, & pro illis iudicandum.* Baldus *in cap.* 1. *num.* 2. *de alienation. Iudici mutand. cauſ. fact.* Albericus 2. *part. stat quæst.* 158. *gloſ. in Clement. Literas. verbo Creatum. de reſcriptis,* Tiraquelus *de retract. lignag.* §. 1. *gloſ.* 9. Surdus *conſil.* 180. *num.* 9. & 10. *vbi ait: Potiorem eſſe cauſam eius, qui pro ſe habet regulam; nam adverſarius tenetur probare fallentiam; regula etenim ſemper transfert in adverſarium onus probandi, & legitimandi ſuam intentionem.*

122. A que ſe llega Decio *in princip. rub.* 1. *ff. de regul. Iur.* quien alabando eſte titulo, dize: *Maxima, & incomparabilis videtur præſentis tituli vtilitas, & ex eo facilè iudicare poteſt, quòd vtriuſque Iuris cenſura in regulis, aut regularum exceptionibus reſolvitur.*

123. Y teniendo, como â ſu favor tiene, la Religioſa la regla por el llamamiento tan expreſſo, que le hizieron ſus Abuelos; de calidad, que haſta eſtàr evacuada la linea de Don Luis Joſeph de Medina ſu Padre, de varones, y hembras, no fue llamada la de Doña Luiſa Bernarda Abuela del Conde, no conſtando de la falencia, por no llegado el caſo de la ſubſtitucion, tiene contra sì la diſpoſicion de Derecho, *ex L. Illud. ff. de Sacroſanct. Eccleſ. L. Ab ea parte. ff. de probation. cap.* 2. *de coniug. leproſor. ſeſe. deciſ.* 266. *num.* 2. & *deciſ.* 391. *num.* 13.

124. Con eſtas reglas, que aunque generales, y comunes, ſon neceſſarias para el caſo, no lo ſon las falencias, que ſe han querido ponderar, y que tengan fuerza de tales, por la Condeſa fundada, en que ſiendo eſte vn Vinculo con obligacion de Apellido, y Armas, y que tiene anexa juriſdiccion por las Alcavalas, y oficios de Regidor, todo en la Villa de Salteras, que es lo mas, de que ſe compone, no pudiendo la Religioſa por ſu eſtado conſervar el Nombre, y Armas de los Fundadores, ni tampoco manejar la juriſdiccion de los oficios, y Alcavalas, es viſto tener excluſion, ſiendo mas juſto, que reſpecto de ſer varon, y aunque de otra linea, deſcendiente de los Fundadores, goze eſte Vinculo pudiendo por ſu eſtado cumplir todas las condiciones, y gravamenes, que tiene.

125. Eſtas ſon en ſubſtancia todas las razones, con que ſe motiva la excluſion; las que no tienen lugar, aunque fueſ-

fuessen de congruencia, y mucho menos, quando tienen resistencia en la disposicion de Derecho.

126. No dudamos, que en terminos de mayorazgos fundados en virtud de facultad real, ò por estraños, tanto por expressa, quanto por tacita, pressumpta, ò conjeturada voluntad de los Fundadores, con facultad libre de disponer, pueden ser exclusos Clerigos, Frayles, y Monjas, aunque sean de Monasterio capaces, porque assi se halla en todos los Authores Regnicolas, que recopilaron D. Castill. *lib.* 3. *Controv. cap.* 12. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 19. *&* 28. *& cap.* 13. *num.* 95. *& lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 39. sin otros muchos, los que dividen diferentes especies, y distinguen algunos casos para prueba de la exclusion tacita.

127. El primero, quando previno el Fundador la conservacion de sus bienes, y memoria en su familia, de que hablaron Agustin Barbos. *in Collectan. ad Cap. In præsentia. de Probat.* Gutierrez. *lib.* 1. *Canonic. cap.* 32. *num.* 29. Sanch. *de Religios. Stat. tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 17. *num.* 44.

128. El segundo, quando hecha la vocacion de el segundogenito, porque el primogenito podia succeder en otro mayorazgo incompatible, y que si el segundo genito fuesse Clerigo, ò Monge, es admitido el terciogenito, siendo la razon la que dân Micres *de Maiorat.* 2. *part. quæst.* 3. *num.* 81. Molin. *de Rit. nupt. lib.* 3. *quæst.* 26. *num.* 25. y otros, porque de la vocacion de el segundogenito se pressume, que el Fundador tuvo respecto â la conservacion de su descendencia secular, la que no puede conservarse por los Religiosos.

129. El tercero milita en los mayorazgos de agnacion, ò de simple masculinidad, en que ay alguna contrariedad en los Authores, sin embargo es vna de las causas de la exclusion, como lo fundan P. Sanch. *in Decalog. lib.* 7. *cap.* 15. & D. Castill. loco proximè citato *num.* 74.

130. El quarto caso es en el que se excluyen perpetuamente las hembras por los varones, de cuya perpetua exclusion se sigue tuvo el Fundador la razon de conservar la agnacion, como lo funda dict. P. Sanch. loco proximè citato *num.* 24.

131. El quinto caso es, quando se pone la condicion de el apellido, y Armas. El sexto, quando el mayorazgo tiene

tiene anexa jurisdiccion, sin embargo de que el Monasterio sea capaz de tenerla. *ex Cap. Abbate sane. de re iudicat. in 6. cap. Dilectus. de officio ordin. cap. Auditis. de praescrip.* Barb. *de Iur. Ecclesiastic. lib. 3. cap. 31. num. 5.* Y el septimo, quando tiene anexa dignidad; sin que esto sea odioso â las Religiones, sino favorable al bien publico, que fundaron Fontanel. *decis. 346. & 347.* Mieres *de Maioratib. part. 2. quaest. 3. num. 82.* y otros.

132. Todos estos casos, y otros muchos, que deducen los Authores, de cuya repeticion no ay necessidad, no militan en el presente, pues hablan en mayorazgos fundados en virtud de facultad Real, ò por vn estraño; pero no en vinculos de tercio, y quinto, segun la *ley 27.* de Toro, en que precisamente deben ser llamados en primero lugar los hijos, y descendientes legitimos; despues los naturales; â falta de estos, los ascendientes; luego los colaterales; y vltimamente los estraños.

133. Por cuya razon tocando esta question Rox. *de Incompatib. 7. part. cap. 5.* y explicando latamente todos los fundamentos, que van referidos, dize al *num.* 100. ibi: *Sed singulari diligentia attendere debemus, quod in omnibus his casibus, & extensionibus collectis, tam ex praesumpta, quàm ex expressa voluntate institutoris, ad excludendos Religiosos, seu Monachos, & Moniales à successione maioratus, vinculi, seu perpetui fideicommissi, vel Patronatus, nostrates Regnicolae eas non admittunt in casu dispositionis leg. 27. Tauri, quando maioratus institutus est à parentibus ex tertio bonorum; sed tantùm quando institutus fuit ex Regia facultate, vel à transversalibus, vel extraneis, nam ipsi non valent excludere Religiosos, licèt possint praeferre in suo gradu eos, qui non sunt Religiosi.*

134. Comprobando esta resolucion con la de Gutierr. *de Matrim. cap. 21. num. 16.* D. Castill. *lib. 3. cap. 12. num. 44. & lib. 5. cap. 99. à num. 1. & cap. 100. &* D. Molin. *de Primogen. lib. 1. cap. 13. num. 55. &* in Annotat. *num. 10.* Mieres *4. part. quaest. 3. num. 24.* Perez de Lara *de Vita hominis cap. 30. num. 126.* quien dize lo viò practicar in facti contingentia, passando despues â referir el caso de Doña Ana Messia, de quo suprà *num.* 106.

135. Con que para que pueda la Condesa assegurar aver llegado el caso de la substitucion en la linea de su hijo,

era

era preciso justificasse, que las reglas de tacita exclusion por el apellido, Armas, jurisdiccion, y demàs procedia como en los mayorazgos fundados por facultad Real, ò por estraños en los vinculos de tercio, y quinto, ò negar que este lo sea; pudiendo dezirle la Religiosa por lo claro de las doctrinas, y limitacion notoria, en que van conformes todos los Authores, que para la substitucion, no es llegado el caso.

136. Por ser esto tan cierto ha omitido insistir en este medio, ocurriendo â otro, que tiene por el vnico Aquiles de su defensa, el que procurò manifestar su Abogado â la vista de este pleyto en Estrados, queriendo persuadir aver en este caso exclusion, ò prelacion â la Religiosa (como si prelacion, exclusion, y vocacion fuessen vna misma cosa) por la conjetura, que se deduce de la disposicion de los Fundadores, arreglada â la de la ley 27. de Toro, y â lo que proximamente llevamos discurrido con la opinion de Rox. *dict.* 7. *part. cap.* 5. *num.* 100.

137. Para fundar esta opinion, se traxo vn lugar, al parecer nuevo, de el Sr. Molin. en las Annotat. al *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 52. y 53. *num.* 10. de ellas, cuyas palabras es conveniente insertarlas para reconocer el fundamento, y fin, para que se traen.

138. Aviendo supuesto en dicho *lib.* 2. *cap.* 12. que en mayorazgos de tercio, y quinto, no podian los Padres excluir â las hembras, ni â los hijos Religiosos, Clerigos, Mentecaptos, y otros, prefiriendo â los varones mas remotos, añade in dicto *num.* 10. *Qua in re annotandum est, posse Parentes absque Regia facultate fœminam proximiorem, atque etiam vltimi possessoris filiam â maioratus successione excludere propter masculos remotiores ipsius vltimi possessoris transversales, dummodo ab ipso Institutore descendant; similiter que posse excludere filios, ac descendentes vltimi possessoris Religiosos, Clericos, vel furiosos, vel similes defectus patientes, propter alios agnatos, & cognatos vltimo possessori transversales, dummodo à primo Institutore descendant. Lex namque Tauri solùm prohibet, quòd descendentibus exclusis, transversales ad meliorationem admittantur, non autem parenti inter suos descendentes electionem denegat.*

139. Tambien citò â Mieres *de Maiorat.* 2. *p. q.* 6.

num. 107. y al Sr. Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 99. y pudiera averse citado otros muchos, que refieren los Addentes al Sr. Molina en la misma anotacion *num.* 10. pudiendo aver omitido la cita de dicho Sr. Castillo por aprovecharle nada, por lo que despues se dirà.

140. Sed me hercle! no se alcanza, que se infiera de este lugar, porque no negamos esta facultad, mediante que la ley de Toro tiene dos partes; la primera, que en la mejora puedan los Padres poner las condiciones, y gravamenes, que quisieren, â sus hijos, y descendientes, haziendo las vocaciones, y poniendo las prelaciones, que les parecieren convenientes; y la segunda, en que se les restringe esta disposicion en el orden de los llamamientos, en los quales se induce forma substancial, como fundaron Angul. *de Meliorat. in L.* 11. *glos.* 4. *n.* 15. Tello Fernand. Velazq. de Avend. D. Molin. Mieres, y Gutierrez *lib.* 3. *Practic. quæst.* 52. *num.* 5. por ser estas substituciones â exemplo de la exemplar, y que por esto in eoden genere personarum tiene lugar la eleccion, y prelacion, como fundaron entre otros Matienz. *in dict. L.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. g.* 4. *num.* 2.

141. Siendo la razon de tener los Padres esta facultad de eleccion, y vocacion; porque â quien se comete, no està obligado â elegir, ni llamar â el mas proximo. *L. Filius familias.* 117. §. *Cum Pater. ff. de legatis*, 1. *L. Vnum ex familia.* §. *Si de falcidia. ff. de legat.* 2. D. Gregor. Lop. *in L.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *glos.* 13. *quæst.* 3. *vers. Si tamen.* D. Molina *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 5.

142. Y las palabras de la ley ibi: *Puedan*, se observa, y en su repeticion, que denota acto voluntario *ex L. Sæpe.* 8. *vbi glos.* 1. *ff. de officio Præsidis. L.* 1. *Iuncta glos. Verb. potest. ff. de Iurisdic. Omn. Iudic.* y la razon de importar acto voluntario, fue por no precederle negativa, como dixo Tiraquelo *ad LL. Connubiales. glos.* 4. *num.* 1. cum sequentibus.

143. Lo que parece se quiere inferir es esto: El Padre, que funda Vinculo de tercio, y quinto, aunque es cierto, no poder excluir absolutamente â los descendientes Frayles, Clerigos, Monjas, &c. attamen puede, porque se lo permite la ley, preferir â algunos temporalmente, aunque

que sean mas remotos, como sean sus descendientes, respecto de otros tambien descendientes, aunque estèn en mas proximo grado: sed sic est, que el Conde es descendiente de los Fundadores: luego si por la ley pudo hazerlo, es visto que en este caso saltim tacitè lo hizo; de calidad que el Conde, aunque de otra linea, y mas remoto al Fundador, aunque descendiente suyo, deba preferir â la Religiosa, aunque mas proxima, por no poder cumplir esta con las condiciones, y gravamenes, que la fundacion contiene.

144. La proposicion mayor la prueban D. Molina *in annotation. ad dict. lib. 2. cap.* 12. Angulo, Azevedo, y todos los demàs, que citò D. Castillo *tom. 6. lib. 5. cap.* 128. per totum, & præcipuè *num.* 16. y de ella despues nos harèmos cargo. La menor no se niega, y solo està la dificultad en la consequencia.

145. Esta bien se conoce, no la inferirà ningun Logico; porque de que pueda hazer vn acto, no se sigue, que lo aya hecho; por no valer el argumento de potentia ad actum, aunque si al contrario.

146. Y aunque lo que quiere inferir es, que por conjetura ab eo, quod Testator ipse fecit, debe ser postpuesta la Religiosa al Conde, fundado, en que siendo constante, que los Fundadores, â mas de Don Luis Joseph, y Doña Luisa Bernarda tuvieron otras dos hijas legitimas Religiosas en Santa Maria de Gracia, la vna llamada Doña Isabèl, y en la Religion la Madre Encarnacion, y la otra Doña Geronyma, y en la Religion la Madre Santa Vrsula, y assimismo otra hija natural de el Veintiquatro Luis de Medina, llamada en el mismo Convento la Madre S. Luis; y que no aviendo llamado â estas dos, siendo sus hijas legitimas, sino al Don Luis Joseph, y â Doña Luisa Bernarda, y despues â otras lineas, como parece de la fundacion, y en vltimo lugar â la Casa de la Misericordia; es visto, que si por tener presente ser estas Religiosas, no las llamò, de la misma forma siendolo la Madre San Jacinto, que litiga, quando remotamente no pueda ser exclusa, al menos se debe tener pro preferida la linea del Conde, succediendo en el caso de faltar varones, y hembras, en quienes no milite la misma razon, que en la Religiosa; y conformando-

se

se este discurso con la permission de la opinion de el señor Molina, y demàs repetentes de la *ley 27. de Toro*, parece funda bien el Conde su instancia.

147. Y aunque no se niega, que quando se trata de interpretar la voluntad de vn Testador, se toma por conjetura lo q̃ este executò en otras clausulas de su disposicion, vt cum Lambertin. Riccio, & aliis tenet Barbosa *voto 28. num.* 54. & 55. esto debe entenderse aviendo voluntad obscura, y habilidad de terminos, de que se carece en el caso presente.

148. Y para proceder consequentemente, y con claridad, es preciso explicar la proposicion mayor, y los Authores, conque se funda, y terminos, en que hablan, pues absolutamente tomada no es cierta, sino es en su caso, especialmente en el sentido, en que se quiere aplicar.

149. Esto se verifica, conque el señor Molina, y los demàs vàn hablando en los terminos, de que el Fundador llamasse expressa, y literalmente à vnos descendientes, y expressa, y literalmente excluyesse à los Frayles, y Monjas, &c. en cuyo caso se inclina, à que eo ipso, que el Fundador, vsando de la facultad de la ley, llamò à los vnos, postpuso à los otros, que es lo que se infiere de toda esta doctrina.

150. Y explicandola el señor Castillo *lib. 5. controverſ. cap. 99.* (lugar citado por el Abogado contrario à su favor, aunque insistido en èl muy poco, por serle nada favorable) desde el *n.* 4. la figura en los terminos de si estando llamados expressamente vnos descendientes fueren exclusos expressamente los Frayles, Monjas, &c. tambien descendientes; si llegando à vacar el Mayorazgo por muerte del vltimo de los Seglares llamados, deberà acabarse, ò continuar en los Frayles, Clerigos, Monjas, &c. non obstante eorum exclusione, para que à màs del Sr. Molina en las Annotaciones *n.* 10. cita à Paz *ad leg. 200. stili.* Angulo *de meliorat.* Pat. Molin. *diſp.* 612. y à Gutierrez *lib. 2. Canonic. cap.* 25.

151. Concluyendo al *num.* 9. que no obstante la exclusion de los Religiosos, y demàs, dure el Mayorazgo, reduciendose los llamamientos à la forma de la *ley 27. de Toro*, supliendose las vocaciones, y tambien las substitucio-

nes; esto por lo perpetuò del Mayorazgo, y su naturaleza; excluyendo en este caso sin duda los Religiosos à sus transversales, dando como por supuesto, que en el concepto de el señor Molina, y Seqiazes por la expressa vocacion de vnos descendientes, y exclusion tambien expressa de los Religiosos, &c. se induce tacita prelacion de aquellos à estos; de calidad, que no deban admitirse estos exclusos suo loco, & gradu.

152. Despues en el mismo *num. 9. versic. Tunc autem.* mueve otro dubio al que llama nuevo, nec hactenus excitatum, en que pregunta: Estos Religiosos excluìdos expressamente deberàn ser admitidos en su lugar, y grado, ita vt etiam descendentes alios Fundatoris excludant, si in remotiori gradu existant, aut in alia linea, ò deberàn ser admitidos en defecto de todos los descendientes, prefiriendo solo à los transversales del Fundador? Cuya question parece la mas terminante de nuestro caso, y que puede dar, y de hecho dà la mayor inteligencia por ser en terminos de expressa exclusion de vnos, con expresso llamamiento de otros, y à consequencia de esto si ay, ò no tacita prelacion; y el dubio de el Conde fundado en tacita exclusion contra llamamiento expresso de la Religiosa.

153. Excitada la referida question, passa à ponerle las razones de dudar por vna, y otra parte; consistiendo las que pueden favorecer al Conde, en que el Padre, que hizo mejora de el tercio, no debiò guardar entre los descendientes la cercania del grado por tener facultad de elegir à los que quisiesse, aunque fuessen de mas remota linea, y grado; y que asì como expressamente pudieron ser preferidos, y debieran serlo, de la misma forma debiera practicarse en lo tacito, para que fuessen pospuestos los Clerigos, respecto de los llamados, aunque estos Clerigos aliàs tuviessen prelacion en su grado, y linea; y que supuesto que las vocaciones deben suplirse, y reduzirse, esto debia entenderse en defecto de todos los descendientes, mediante que estos tacita, y expressamente pudieran ser preferidos, siendo bastantemente tacita prelacion à los Religiosos la que se deduce de la expressa vocacion de los que no lo son.

154. Por el contrario pondera, y à favor de la Religio-

giosa, que si porque la reduccion, vocaciones, y substituciones, que se suplen, obran el mismo efecto, que si los Religiosos no fueran exclusos, debia tambien entenderse para que estos no perdiessen su lugar, y grado, y que si la reduccion haze la disposicion como si no huviera avido tal exclusion, parecìa debia hazerse servata gradus proximitate segun los terminos de la ley 27. de Toro.

155. Ponderadas ambas razones de dudar, y que la de la prelacion de los seglares à los Religiosos por la expressa vocacion de aquellos, y expressa exclusion de estos, en la opinion de el Sr. Molina, y sequazes parecìa probable, sin embargo dize, que cogitandum erit en el referido caso; respecto de que supuesta la libre facultad en el Padre para disponer inter descendentes, en tanto valen las expressas vocaciones de el mas remoto al mas proximo, en quanto ay tal expressa vocacion; y que assi como por ella son llamados, de la misma forma se requiere que expressamente el Padre prevenga la prelacion, y de su omission no resulta, que baxo de la expressa vocacion de los vnos, estè tacita la prelacion respecto de los otros expressamente exclusos. Y aqui la razon: porque la vocacion, y la prelacion son dos actos distintos, y separados, y valiendo el de la vocacion, no por otra razon sino porque es expressa, faltandole esta circunstancia à la prelacion *quod potuit Testator noluit.*

156. Concluyendo al *num.* 12. final ad medium in hunc modum: *Videtur necessariò dicendum, quòd prædicti descendentes exclusi, eo loco, & gradu succedere debeant, quò successuri essent, si exclusi non essent; si autem non excluderentur, certum est, quòd succederent salva gradus, & lineæ prærogativa, si aliter disponens non cavisset, nec disposuisset; & tamen licèt inter descendentes posset gradus prærogativam alterare; non tamen alteravit, nec aliter disposuit; quod cùm casus contingat maturè deliberandum erit.*

157. Esto es lo que dize el Sr. Castillo, y esto lo que no dixo en Estrados el Abogado de el Conde, siendo su resolucion tan fundada, como todas las demàs, sobre que escribiò, pues no ay duda que esta libre facultad de los Fundadores es forma, que se induce de la ley; y como esta versatur circa duo, scilicet la vocacion, y tambien la prela-

lacion; para que vno, y otro caso se verifiquen, es menester que vno, y otro caso expressamente estèn dispuestos, sin que de la expression de vno, aya de resultar, quamvis tacitè el otro.

158. Passa à confirmarla, y lo haze en el *cap.* 100. que es el siguiente, en que dificulta, si porque deben succeder estos Religiosos exclusos, suo ordine, & gradu, y no oponerseles la prelacion tacita, deberà dividirse el tercio de el quinto, por no militar en este la misma razon de legitima, que en el primero; y sin embargo se opone à la division, y que la succession ha de ser en vno, y otro, vt apud eundem eleganter videri poterit explicatum.

159. Diximos que la mayor dificultad consistia en la aplicacion de los lugares de el Sr. Molina, y demàs, al caso de el pleyto, y se dixo bien: pues en èl no ay expressa vocacion de el Conde, y demàs lineas, y expressa exclusion de las Religiosas, antes si, la linea de estas es en primero lugar la llamada; y si en terminos de que el Conde lo fuera, y exclusa expressamente la Religiosa, aun no debia preferirle, quando â mas de la vocacion, no huviera en la fundacion expressa prelacion, vt fundatum manet; se sigue, que el lugar de el Sr. Molina, y sequazes, no es de el caso de este pleyto, por la disparidad de terminos, que se encuentra; ò al menos, que con èl no se prueba lo que la Condesa pretende.

160. Præmaximè quando todo el dubio se funda en vna tacita exclusion por la pretericion de las dos hijas de los Fundadores, y hasta aora no se ha hallado, que la tacita exclusion por la pretericion de vnos, sea tacita prelacion de otros; ni tampoco que la tacita exclusion de estos, sea tacita prelacion de el que està llamado en otro grado despues de el que se quiere sea excluso; y quien tiene vna expressa vocacion, como en el caso presente, en que despues de acabados todos los descendientes *Varones, y Hembras* de la linea de Don Luis Joseph, fue llamada la linea de Doña Luisa Bernarda, tiene â su favor la regla; y no teniendo la Religiosa por su estado prohibicion de succeder, y hallandose con expresso, y literal llamamiento, se ignora, quo in Marte se funde la pretension de el Conde, cuyas falencias son evidentes.

161. Y si la tacita exclusion inducida por la preterición ab homine, ò por ley; mediante la condicion de apellido, y Armas, y demàs que llevamos observado con Rox. *7. part. cap. 5.* huviesse de causar tacita preferencia, la huviera tenido el que litigò con Doña Ana Messìa, Religiosa de el Convento de Santa Cathalina; y sin embargo se halla, que prefiriò â su transversal por la naturaleza de Vinculo de tercio, y quinto; no ay en que detenerse en que la tacita exclusion â lege, vel ab homine, no causa prelacion tacita, al menos en Vinculos de tercio, y quinto.

162. No es de menos entidad lo que se dize de la conjetura, que se toma de la no vocacion, ò preterición de las hijas de los Fundadores, inclinandola â que lo mismo executàran oy si vivieran; como si fuera todo vno no averlas llamado, ò ser exclusa, ò deber ser pospuesta la Religiosa; quando debe tenerse presente, que â no aver renunciado, como renunciaron en sus Padres, antes que estos huviessen hecho la fundacion, ni la expressa, ni la tacita exclusion les obstàra; porque como el fundamento de la *ley* 27. de Toro, para que los descendientes legitimos no puedan ser exclusos, sea el ser Acreedores de aquella parte de legitima, de que se compone el tercio; assi como estas hijas por aver renunciado, si sus Padres no aviendo fundado Vinculo las huvieran preterido, ê instituido vnicamente por sus herederos â sus hermanos, no podian quexarse *cùm vt renuntiantibus nulla debeatur hæreditas*, vt cum Ant. Gom. D. Molina, Menchac. & alijs tenet Sanch. *in præcept. Decalog. lib. 7. cap. 7. num. 2.* de la misma forma no pudieran quexarse de la preterición, que se les hizo â la succesion de el Vinculo.

163. De este discurso lo que se infiere es, que la preterición fue por respecto â la renuncia, en que vsaron de su derecho los Padres, y que no se debe tomar fue por el titulo de que eran Religiosas, pues si las debiera nombrar, vsando los Padres de la eleccion, las llamàran despues de todos los descendientes, y transversales, ò en el lugar, que quisieran, segun el orden de la ley, y el no averlo hecho remotamente fue solo con el motivo de la renuncia, y pudiendo ser, como de hecho fue, por este respecto, no es jus-

ro se traiga precisamente para el de la tacita exclusion, y formar conjetura la que no basta.

164. Esfuerzase todo esto aun mas con lo que se notò en el hecho; en que se observa tuvieron los Fundadores muy presentes â sus hijas, las que quisieron se hiziessen presentes para la particion; pero sin llevar lo que les tocasse de sus legitimas, esto mediante averlas renunciado, y quando les señalan los 300. ducados, 150. â cada vna, dan tambien el mismo motivo, y por el mismo la Madre no las instituyò; de forma que el no nombrarlas fue vnicamente por la renuncia, y no porque eran Religiosas, vsando en esto plenamente de su derecho.

165. Debiendose en estos terminos, sin la menor duda, confessar por la Condesa no aver probado con la claridad, que se debe, aver llegado el caso de la substitucion en su linea por durar la vocacion de la de el dicho Don Luis Joseph, y descendientes varones, y hembras en primero lugar llamados.

166. Todo lo que hasta aora llevamos discurrido, es en los terminos de Vinculo de tercio, y quinto, sin acordarnos de que tambien se incluye la legitima Paterna, y despues por averse declarado por nula la revocacion de Doña Isabel de Sandier, se comprehendiò juntamente la Materna por la executoria, que obtuvo el Conde Don Lorenzo, en que se declararon por vinculadas las Alcavalas, las que como libres se las dieron las Religiosas por averlas heredado de su hermana Doña Maria Rodriguez de Medina.

167. Y haziendonos cargo de el Vinculo de tercio, y quinto, y gravamen de la legitima de Don Luis Joseph, en que este consintiò, despues de la muerte de el Fundador, pues este otorgò el poder para testar en 25. *de Agosto* de el año passado de 655. otorgandose el testamento por la Doña Isabel de Sandier en 27. *de Diziembre* del mismo año, en cuyo dia aceptò el gravamen el dicho Don Luis; no puede menos, que hazer por este nuevo medio mas patente su justicia.

168. La razon de esto consiste, en que si solo en Vinculo de tercio, y quinto, no tiene exclusion, antes si expressa vocacion en fuerza de todo lo discurrido, mucho

me-

menos la puede, y debe tener estando gravadas las legitimas de sus Padres, y vnidas al Vinculo, cuyo derecho representa, no solo por el que por llamada tiene, sino tambien porque si se le opusiera la renuncia, que hizo esta, era ineficaz, mediante aver heredado â la Doña Maria Rodriguez de Medina su hermana, y esta al Don Luis Joseph su Padre.

169. Para lo qual â mas de lo que se refiriò al num. 55. de que fundandose Vinculo por el Padre de tercio, y quinto, y que concurriendo el hijo gravando su legitima, se digan dos Fundadores, y que propriamente lo sea el hijo por lo tocante â su legitima, se añaden las doctrinas de el Sr. Molina, *de Primog. lib. 4. cap. 3. num. 23. & 24. Rox. de incompat. 1. part. cap. 6. num. 241. & 242.*

170. Tambien es de la misma opinion D. Salgado *2. part. Labirynt. cap. 16.* con el motivo de disputar, si los Acreedores de el hijo, antes que consintiesse en el gravamen, y vinculacion de su legitima, tendràn derecho de cobrar de ella, no obstante la vinculacion; en que discurriendo latamente con Flores Diaz de Mena, Noguerol, y otros, y distinguiendo diferentes casos, concluye en que si el hijo, que contraxo las deudas, y despues asintiò à la vinculacion, fue despues de muerto su Padre, en que ya tenia ius perfectè quæsitum, & radicatum, se dize entonzes verdadero Fundador, porque ya disponia de lo que era suyo, & tenetur creditoribus, como assi lo concluye diciendo à los num. 90. y 91. y al contrario, quando el consentimiento fue ante aditam hæreditatem, pues entonzes les es negado el recurso à los Acreedores.

171. Ex his igitur principiis, que son terminantes en la disposicion de Derecho con arreglo â el hecho de los autos, contemplandose, como se debe, à Don Luis Joseph de Medina por lo tocante à su legitima, como Fundador, se sigue, que la mente de este, y su disposicion, debe ser conforme à la de Derecho, y respecto de èl, es transversal Doña Luisa Bernarda, la que no debe ser, y su linea primeramente llamada, que la de Don Luis Joseph, quien no pudo alterar los llamamientos de la ley 27. de Toro, ni el Padre de este, quando dispuso, pensando en la legitima de su hijo debiò hazerlo.

Sien-

172. Siendo esta conclusion tan legitima, que explicando Tello Fernandez la ley 27. de Toro, y previniendo en el *num.* 12. que en el llamamiento de descendientes entra preceptivamente el Legislador; y que en las demàs vocaciones desde los ilegitimos inclusivè, se lo comete â su voluntad; y parandose en el llamamiento de los naturales primero que el de los ascendientes del Fundador, y confessando non posse capere veram rationem legis, se inclina à que respecto de el mejorado no es legitima el Tercio, y con este motivo constituye diferencia entre legitima, y Tercio, notando, que aunque por esta ley estèn substituìdos los descendientes del Fundador en tanto grado, que aunque le sea licito al Padre pospuesta la descendencia del mejorado, substituìr à otros: *In legitimà verò, & si ex facultate Regia gravamen possit apponi, substituendi sunt filii ipsius, cuius est legitima, & post eos, nepotes, & sic gradatim.*

173. Prosigue dando la razon de diferencia his verbis: *Ratio differentiæ est, quia in tertio quilibet ex descendentibus, & si in gradu alter ei præcedat, est capax meliorationis, & eadem causa substitutionis: In legitima tamen nulli alii competit ius, nisi habenti primum locum in successione; & sic licèt permittatur gravamen, non tamen credendum est Principem voluisse, vt descendentes ipsius gravati à legitima Patris excluderentur propter remotiorem.* Infiriendo, que aunque en la facultad Real se permita poner gravamen en la legitima, y hazer las substituciones ad libitum, no se ha de creer fue la intencion Real, que el Padre excluyesse à la hembra por otro transversal, ò hermano, sino es que fuesse claramente absoluta dicha facultad.

174. Y si esto es en terminos de mayorazgo fundado con facultad Real, no teniendola Don Luis Joseph, quando impuso el gravamen en su legitima, fundando mayorazgo, debiò guardar la forma de la ley 27. de Toro; en cuyo caso, como q̃ era su transversal Doña Luisa Bernarda, estuvo obligado à llamar à sus hijos, nietos, y descendientes, y como vno de ellos â la Religiosa, y de hecho se practicò asi como varias vezes està repetido,

165. In terminis Aguila ad Rox. 1. *part. cap.* 13. *num.* 26. en que suponiendo al hijo, que grava su legitima, tan

Fun-

Fundador como su Padre, dize: *Et in hac causa tanquàm maioratus à filio consentiente institutus. vt docet* D. Salg. vbi supr. *fieri debet iuxta formam legis 27. Tauri, docet in hac specie* Mieres *1. part. quæst. 21. num. 90.*

176. No se dirige este discurso à fin de separar la legitima de Don Luis Joseph, del Tercio, de que fundò Vinculo su Padre, antes sì se contempla vnido mediante no tener clausulas repugnantes la disposicion del Vinculo al de la legitima; pues ambas fundaciones son conformes à la ley de Toro, y solo en caso de que huviera repugnancia, que no la ay, se siguiera la regla de la separacion, ò division, segun la corriente opinion de Rox. *de incompat. 4. part. cap. 5.* per totum, signanter à *num. 27.* sino solo para manifestar lo que se ha dicho, de que no fuera justo se quisiesse llevar el Conde el caudal de Don Luis Joseph, quando su hermana de este, que era transversal, percibiò sus legitimas, quedandose los hijos, y descendientes de este exclusos, siendo, como son, expressamente llamados, y tambien para que no se quedasse este discurso en los terminos de congruencia, sino en los de justicia, lo que tambien sirve de extension para el punto de contravencion, que no passa à los descendientes del que contravino, siendo qualquiera de estos el siguiente en grado, y no el segundo hijo del Fundador transversal del gravado.

177. Podrase dezir vltimamente por el Conde, que si la Religiosa estuviera firme, en que este Mayorazgo le tocaba, no permitiera, como permitiò, que por muerte de Doña Maria Rodriguez de Medina, su hermana, huviera hecho transito, como lo hizo, â su linea, posseyendolo el Conde Don Lorenzo, su Padre, y por muerte de este el Conde Actual, cuyo hecho, y otros de la transaccion, ò convenio, quando le diò las Alcavalas â dicho Conde Don Lorenzo, y demàs actos, le perjudican, ya que se puede proporcionar todo lo que la Religiosa opuso al Conde al *num. 93.*

178. Y â que satisfizo la Religiosa en la declaracion, que se le pidiò, y de que consta en el memorial, fundada en la ignorancia, q̃ tenia, de que este Vinculo le tocaba, y que lo consultò por muerte de su hermana Doña Maria, dandosele dictamen, de que no tenia Derecho, hasta que

ins-

instada, de que los 200. ducados, que por dicho Conde Don Lorenzo se le ofrecieron, y â su hermana la Madre Resurreccion no se le pagaban, siendo necessario para cada tercio vna via executiva hasta el apremio, huvo de bolver â consultar si podia excusarse de estas vexaciones pretendiendo el Mayarazgo, como lo hizo, y sin embargo de tres articulos, que formò antes de la contestacion, y todos los perdiò, se le mandò contestasse.

179. Y que por los actos, que executò en permitir el transito del Vinculo â la linea del Conde, no se perjudicasse, lo prueba con muchos Rox. 7. *part. cap.* 4. *num.* 3. donde dize: *Quòd ad hoc vt teneat renuntiatio sui Iuris, necessè est, quòd notitiam habeat, & scientiam de illo suo Iure, cui renuntiasse dicitur, cùm renuntiare quis non intelligatur Iuri, quod ignorat, aut Iuri, quod sibi dubitat competere, ex L. Mater decedens.* 19. *versic. Nec enim. ff. de inoffic. testament.*

180. Y siendo cierto, que con esta justa ignorancia se dà restitucion â los mayores, etiam contra longissimam præscriptionem, como fundò Fontanela, *decis.* 154. y tambien el señor Vela, *dissert.* 8. al *num.* 30. cuyo beneficio es mas facil de conceder especialmente â las mugeres, como fundò Escobar *de Puritat.* 2. *part. quæst.* 4. *artic.* 4. §. 1. *num.* 36. teniendo la Religiosa tan clara justicia, como dilatadamente se ha fundado, siempre que declarò su animo tiene Derecho al Mayorazgo retrotrayendose este al tiempo de la muerte de su hermana Doña Maria su legitima, y vltima Posseedora.

181. Eleganter Rox. 5. *part. cap.* 3. *num.* 45. ibi: *Dum sequens in gradu non declarat animum suum, nec agnoscit fideicommissum, legitimè posidet remotior, & quilibet alius ex inferiori gradu, vel sexu: At si Maioratum agnoscat, & eum petat, & quocumque tempore declaret animum succedendi; retrotrahitur ad diem mortis vltimi possessoris. L. Si tibi homo. 86. §. Cùm servus. ff. de legat. 1. & per doctrinam Baldi in L. Licèt. â num. 3. Cod. de Acquirenda possess.*

182. En conclusion; por demàs se tiene poner mas autoridades, y comprobaciones, quando â la Religiosa le favorece la especial vocacion, para que de necessidad, sin que le obste su estado, renuncia, y demàs reparos, y dubios, que se le han puesto, deba suce-

ce-

ceder; de calidad, que en la voluntad de los Fundadores tiene con verdad infalible su llamamiento claro; en la naturaleza, su titulo; en la opinion de los Doctores, y practica de los Tribunales, sacada de los mas solidos fundamentos de Derecho, su sossiego; en las leyes su razon; y en V. S. fixa esperanza, de que ha de confirmar su sentencia de vista; en que declarò tocarle este Vinculo. Assi lo espera S. T. S. D. C. Cui hæc qualia qualia sunto, libentissimè cedimus. Sevilla, y Abril 21. de 1726. años.

Lic. Don Juan Joseph de Padilla Velasquez.

codigo de calidad, que es la voluntad de los Funda-
dores, que con verdad así lo dize su Instrumento, cla-
ra con la naturaleza de su titulo, con la opinion de los
Doctores, y Estilos de los Tribunales, siendo de los
mas seguros fundamentos el que dice su titulo; y en
las Leyes la razon, y en V. S. su entereza, de que
la de confirmar la [illegible] de vista, en que decla-
rò tocar este Vinculo. Assi lo espera S. V. S. D. C.
Qui hoc [illegible] [illegible], [illegible] cad [illegible].
Sevilla, y Abril 21. de 1736. años.

Lic. Don Juan [illegible]
[illegible]